
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Germany

1

Dr. Josef Kohler

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts

Zweiter Band, erster Teil

Lehrbuch
des
Bürgerlichen Rechts

Von

Dr. Josef Kohler
Geheimer Justizrat
ord. Professor an der Universität Berlin

ZWEITER BAND
Vermögensrecht
Erster Teil: Schuldrecht



Berlin
Carl Heymanns Verlag
1906



FOR TX

K

Gedruckt bei Julius Sittenfeld, Berlin W. 8.

Verlags-Archiv 4061

Vorwort.

Mit dem Schuldrecht beginne ich die Darstellung der 2. Abteilung des Werkes, des Vermögensrechts, das aus zwei Teilen, Schuldrecht und Sachenrecht, bestehen wird. Die letzte Abteilung des Werkes befaßt sich mit dem Personenrecht, welches wieder in Eigenpersonenrecht, Familienrecht und Erbrecht zerlegt werden soll.

Im Schuldrecht habe ich dieselben Grundsätze befolgt wie im allgemeinen Teil. Mein Bestreben war vor allem ein wissenschaftliches und ging dahin, die unendlich vielen verwickelten Fäden zu entwirren, die zusammengesetzten Rechtsinstitute möglichst in ihre Elemente aufzulösen und die Grundgesetze zu enträtseln, nach welchen diese Elemente sich zu den großartigen Einrichtungen des Rechtslebens gestalten. Daher mußte mein Streben namentlich dahin zielen, die inneren Zusammenhänge zu entdecken und die anscheinend verschiedenartigen Wirkungsweisen der Rechtsinstitute auf gleichartige Vorbilder zurückzuführen. Die Folge war, daß der allgemeine Teil des Schuldrechts bedeutend erweitert wurde; denn es ist das Ideal, daß sämtliche Elemente im allgemeinen Teil des Schuldrechts ihre Darstellung finden und im besonderen Teil nur diejenigen Gebilde beschrieben werden, welche, aus diesen Elementen zusammengesetzt, im Rechtsleben eine eigenartige Rolle spielen und gleichsam als erhöhte Bilder aus dem allgemeinen Gange der Entwicklung hervorragen.

Man mag das tadeln und mag mir insbesondere entgegenhalten, daß vielleicht eine andere Methode eine leichtere Übersicht gewähre. Allein die Wissenschaft ist nicht dazu da, um

die Erkenntnis bequem zu machen, sondern die Rechtslehre hat in die Tiefe zu dringen und die geheimen Zusammenhänge zu entschleiern. Das Rechtssystem hat darum nicht etwa bloß die Aufgabe, den Stoff einzuschachteln und in möglichst handlichen Fächern zur Schau zu stellen, sondern das System hat seinen eigenen wissenschaftlichen Wert: eine richtige Einteilung ist eine neue wissenschaftliche Tat und trägt neues Licht in das Dunkel der geistigen Erscheinungen. Mag ja immerhin das Linnésche System bequemer sein als die übrigen, so wird ihm kein Kundiger mehr den Vorrang geben, und ebenso verhält es sich mit den Systemen des Rechts. Wer darum den Forscher tadelt, der die Sache tiefer fassen will als bisher, und wer eine Darstellung nach dem System des Gesetzbuchs vorzieht, der ist in die wahre Aufgabe der Wissenschaft noch lange nicht eingedrungen. Übrigens habe ich zur Erläuterung im Anhange einige Rechtsbeispiele hinzugefügt.

Auf der anderen Seite habe ich völlig den früheren Grundsatz gewahrt, eine Darstellung zu geben ohne Aufzählung der einzelnen Meinungen und ohne Erörterung dieser; was man hiergegen geltend gemacht hat, ist völlig verfehlt: insbesondere schreibe ich keine Bücher zu dem Zweck, um dem Leser, der die eine oder andere Persönlichkeit kennt, ein Bild zu geben, wie der oder jener ihm bekannte Rechtslehrer über die einzelnen Einrichtungen gedacht hat. Eine derartige ständige Streitentwicklung ist nutzlos, unterbricht den künstlerischen Gang der Darstellung und führt einen Ballast in das Lehrbuch ein, der es seiner Aufgabe völlig entfremdet. Schon ganz abgesehen von allem anderen, hätte mit solcher Beigabe von mehr oder minder streitbarer Richtung der Umfang des Werkes das Doppelte erreicht und die Anmerkung einen wenig angemessenen Raum eingenommen. Das wäre auch völlig gegen die künstlerische Aufgabe gewesen; denn jede Anmerkung ist ein Schönheitsfehler und zeigt, daß man es nicht vermocht hat, in dem Kunstwerk die ganze Darstellung restlos aufgehen zu lassen. Solche Schönheitsfehler sind niemals zu vermeiden, aber sie sollen auf das Äußerste beschränkt werden. Ist es doch einer der Hauptvorzüge des Savignyschen Systems, daß es nach dem Ideal des Kunstwerks strebt und die Anmerkungen als nebensächliche Beigaben möglichst beschränkt.

Dort lobt man es, aber bei mir natürlich muß es ein Mangel sein!

Leider habe ich auch hier die auswärtigen Rechte nur ganz flüchtig berühren können und muß eine vergleichende Darstellung einem anderen Werke überlassen, ebenso wie die dogmengeschichtliche Entwicklung des Rechts von den Zeiten der Glossatoren bis auf Savigny, bis auf den großen Forscher, durch welchen der Gang der Geschichte so jäh unterbrochen worden ist, sodaß erst wieder das bürgerliche Gesetzbuch an die deutschrechtliche Entwicklung anknüpfen mußte, die sein genialer Eingriff durchschnitten hatte.

Daß ich dem Gesetzeswerk mit der Freiheit entgegentrete, die dem juristischen Forscher gebührt, versteht sich von selbst. Die Wortausleger, die mich mit belehrendem Wohlwollen auf die Worte des Gesetzes verweisen zu können glauben, lasse ich bei Seite, und dies auch dann, wenn sie in ahnungsloser Selbsttäuschung gar nicht glauben, Wortausleger zu sein.

Was aber die vielfach gebrauchte Redewendung von der geschichtlichen Bedingtheit eines Gesetzeswerks betrifft, so ist niemand mehr als ich von allen Bedingnissen der Geschichte durchdrungen: jedes Gesetzeswerk ist darum ein Erzeugnis seiner Kulturperiode und trägt die Eigenart dieser Zeitspanne an sich; allein gerade weil das Gesetz eine Schöpfung der Geschichte und des ganzen Volkes ist, ist es glücklicherweise nicht eine Schöpfung der Redaktoren; es hat vielmehr seine Wurzel in der ganzen Bildung seiner Zeit! Allerdings schließt sich diese Zeit unmittelbar an die Folgezeit mit ihren Kulturbedürfnissen an und leitet auf diese über; und so können sich im Wechsel der Jahre immer wieder neue Zeitgedanken im Gesetze festsetzen, hier Wurzel schlagen und die Bedingtheit allmählich überwinden; denn im Geistesleben gilt das große Gesetz der Umbildung und des Fortschritts.

Alle Aufstellungen des Werkes sind sorgfältig erwogen, wenn es auch bei der Geschlossenheit des Ganzen unmöglich war, über jede Einzelheit eine Abhandlung zu schreiben. Eine weitere Durcharbeitung der verschiedenen Punkte ist daher hochwillkommen, während allgemeine Aussprüche darüber, daß

das eine oder andere zweifelhaft sei, nichtssagend und wertlos sind; wer nichts weiteres zu sagen hat, möge lieber schweigen, und ebenso wer nur zu tadeln findet, was ihm persönlich mißbehagt — man schreibt nicht für das Belieben des Einzelnen, sondern für die Wissenschaft. Und wer noch nicht beherzigt hat, daß eine geistige Verarbeitung eines Gesetzbuches von selbst schon eine Stufe über das Gesetzbuch hinausführt, der zeigt damit nur, daß er veraltet ist. Das Veraltete muß absterben; auf wissenschaftlichem Neuland pflanzen wir unsere Fahne auf!

So lasse ich jeden Kampf mit den Vertretern der Wortrichtung bei Seite; es bedarf dessen nicht: seit 30 Jahren habe ich genügend die Erfahrung gemacht, wie jede enge Wort- und Buchstabenauslegung vor dem Lichte der Entwicklung wie Spreu zerstiebt; die freie, tiefere Erfassung des Rechts aber

„trotzt der Flucht der Zeit".

Moserboden, 25. August 1905.

Josef Kohler.

Inhalts-Verzeichnis.

Besonderer Teil.

Druckfehler-Berichtigungen.

Seite 40, Zeile 15 von unten ist das Wort **solche**,
Seite 210, Zeile 5 von oben das Wort **als**,
Seite 333, Zeile 4 von unten das Wort **ist**,
Seite 357, Anmerkung Zeile 1 das Wort **So** zu streichen.
Seite 471 unter 12., Zeile 3 ist am Anfang das Wort **so** einzufügen.

Einleitung.

§ 1.

I. Alles Recht kann in Personenrecht und Vermögensrecht eingeteilt werden, in Personenrecht, sofern es sich um den Stand der Person und ihre Lebensinteressen, und in Vermögensrecht, sofern es sich um die Beziehung des Menschen zu den außerhalb seiner vorhandenen Lebensgütern handelt; Vermögensrecht liegt auch da vor, wo die Beziehungen der Menschen unter sich in Betracht kommen, soweit diese auf äußere Lebensgüter gerichtet sind und solche den Gegenstand des Interesses bilden.

II. Wir teilen daher die nachfolgenden Erörterungen unseres Werkes in Vermögensrecht und Personenrecht ein und stellen das Vermögensrecht nur aus praktischen Gründen in den Vordergrund, welche sich aus dem Folgenden von selber ergeben werden, und welche auch den Gesetzgeber veranlaßt haben, das Vermögensrecht in die erste Reihe zu rücken.

III. Es wäre gegen die rechtliche Systematik, eine durchgreifende Scheidelinie zu ziehen: mit derartigen Bestrebungen hat man Kräfte und Zeit vergeudet; denn alles im Rechte steht in solchem Zusammenhang, daß nie das eine vollkommen vom anderen vereinzelt werden kann. Die richtige Aufgabe des Systems ist auch nicht eine derartige Vereinzelung, vielmehr eine solche Gruppierung, bei welcher alle Teile des Ganzen die fruchtbarsten Seiten darbieten. Was daher mehrfache Beziehungen hat, muß im System an derjenigen Stelle erscheinen, wo der Schwerpunkt seines Wirkens liegt.

Daher kann das Personenrecht nicht ohne die Darstellung einer ungeheuren Menge von vermögensrechtlichem Stoffe geboten werden, und im Erbrecht muß die Rechtsforschung in vermögensrechtlichen Untersuchungen geradezu schwelgen; und doch liegt der Hauptnachdruck des Erbrechts im Rechte

der Person und in ihrer sozialen Verbindung. Deshalb wäre es ein großer Fehler, die vermögensrechtlichen Seiten des Ehe- und Vormundschaftsrechts aus dem Personenrecht auszuscheiden, während doch hier alle vermögensrechtlichen Entwicklungen durch die familiären Beziehungen und Bedürfnisse aufs tiefste beeinflußt werden. Ebenso wäre es aber auch unrichtig, die Schuldverhältnisse deshalb aus dem Vermögensrecht zu streichen, weil nicht nur vermögensrechtliche, sondern auch nichtvermögensrechtliche Leistungen zum Gegenstand von Schuldverhältnissen gemacht werden können; denn trotzdem liegt ihr Schwerpunkt im Vermögensrecht, und auch, wo es sich um nichtvermögensrechtliche Leistungen handelt, pflegt man mehr oder minder zum Vermögensrecht seine Zuflucht zu nehmen.

§ 2.

I. Das Vermögensrecht teilt sich wieder in das Recht der Schuldverhältnisse und in das Gegenstandsrecht, und da nach dem B.G.B. von den Gegenständen fast nur körperliche Gegenstände oder Sachen in Betracht kommen, in das Schuldrecht und in das Sachenrecht.

II. Das Sachenrecht stellt das Recht in seiner Ruhe, das Schuldrecht stellt es in seiner Bewegung dar, einer Bewegung, die dadurch hervorgerufen wird, daß Pflichtverhältnisse geschaffen werden, welche eine Persönlichkeit zu einer Änderung des gegenwärtigen Vermögenszustandes zwingen. Dies enthüllt zugleich den inneren Gegensatz zwischen dem Sachen- und Schuldrecht, der diesem äußeren in die Augen fallenden Gegensatz zu Grunde liegt. Das Sachenrecht ist eine unmittelbare Beziehung zwischen der Person und der Sache, das Schuldrecht eine Beziehung von Person zu Person in Bezug auf die Sachenwelt oder auch in Bezug auf weitere Elemente der Güterwelt: auf diese Weise wird das Vermögensrecht belebt; wozu noch kommt, daß, wie bereits betont, auch nichtvermögensrechtliche Leistungen Gegenstand von Schuldrechten sein können.

III. Auch hier gibt es natürlich nichts Absolutes: auch im Sachenrecht kann das Leben Bewegungselemente finden, sofern das Sachenrecht zum Wertrecht wird und der Vermögens-

charakter der Sache dazu benutzt wird, Wertbeträge aus ihr heraus zu gestalten. Wesentlich ist es aber immer, daß hier eine unmittelbare Beziehung zwischen Person und Sache vorliegt.

IV. Auch insofern kann zwischen Schuldrecht und Sachenrecht eine Verbindungslinie bestehen, als im Sachenrecht Pflichten vorkommen, die mit den schuldrechtlichen Verbindlichkeiten gewisse Verwandtschaft haben, aber wegen ihrer unmittelbaren Beziehung zum Sachenrecht nicht davon getrennt werden sollen (S. 12f.).

Umgekehrt ist auch das Schuldrecht von einer Menge sachenrechtlicher Elemente durchzogen, die aber im Schuldrecht behandelt werden müssen, weil hier der Nerv ihrer Betätigung liegt. So wird man den Realkauf, bei welchem die beiden Leistungen unmittelbar gemacht werden, in das Schuldrecht stellen, nicht nur wegen des Gleichklangs mit dem echt schuldrechtlichen Kauf, bei welchem den Leistungen Verbindlichkeiten vorhergehen, sondern auch deswegen, weil die Verbindung der Leistungen zu Kauf oder Tausch ohne weiteres gewisse schuldrechtliche Verpflichtungen herbeiführen muß. So hat man auch naturgemäß die Schenkung unter die Schuldverhältnisse zu stellen, auch die Realschenkung, da aus ihr mehr oder minder schuldrechtliche Beziehungen hervorgehen können und gerade diese Beziehungen die Schenkung kennzeichnen und die eigenartigen Schenkungsfolgen herbeiführen. Es war darum ein vollkommen systemwidriger Streit, ob die Schenkung nicht ganz oder teilweise ins Sachenrecht zu stellen sei, und die Versetzung in den allgemeinen Teil, der sich selbst ein Savigny schuldig gemacht hat, ist ein Verstoß gegen die obersten Einteilungsgrundsätze des Systems.

V. Das einzelne wird sich im folgenden ergeben. Aber auch ganz allgemein ist ein solcher Zusammenhang von Schuldrechten und dinglichen Rechten möglich, und zwar:

1. unmittelbar: ähnlich wie im dinglichen Recht die Bestandteile dem Recht der Hauptsache folgen, so kommt es vor, daß gewisse dingliche Rechte durch das Schuldrecht ohne weiteres bestimmt werden. Dies ist der Fall, was den Schuldschein betrifft, d. h. eine Urkunde, die gerade zur Bestätigung einer Forderung ausgestellt worden ist, sei es sofort, sei es nachträglich. Er ist notwendig das Eigentum dessen,

dem das Forderungsrecht zukommt, und sind mehrere berechtigt, Eigentum dieser mehreren; hat jemand am Forderungsrecht Teilrechte, z. B. Nießbrauch, so stehen ihm die gleichen Rechte an der Urkunde zu, § 952; und geht die Forderung über, so geht auch das Eigentum der Urkunde mit über. Dies gilt nicht nur von dem Fall der rechtsgeschäftlichen Abtretung, sondern auch von dem Übergang kraft Gesetzes. Geht die Forderung unter, so hat der Schuldner einen Anspruch auf Rückgabe, d. h. auf Eigentumsrückübertragung des Schuldscheins, wie er einen Anspruch auf Quittung hat, § 371.

2. Das Verhältnis kann aber auch ein dem Zubehörverhältnis ähnliches sein, sofern die Urkunde in der Art mit der Forderung zusammenhängt, daß sie nicht ohne weiteres dem Erwerber der Forderung zu eigen ist, daß diesem vielmehr nur ein Anspruch auf Eigentumsübertragung zukommt. Dies gilt von allen Urkunden, die sich auf eine übergegangene Forderung beziehen, ohne Schuldschein zu sein, so von den Urkunden des § 402; und zwar gilt dies von der rechtsgeschäftlichen Übertragung, wie vom sonstigen Forderungserwerb, § 412. Vgl. S. 12.

Bei Teilabtretung ist der Abtretende nur verpflichtet, dem Erwerber eine beglaubigte Abschrift der betr. Urkunde fertigen zu lassen; vgl. §§ 444, 445.

3. Ein derartiger Anspruch auf Herausgabe der Urkunde kann auch aus Schuldverhältnissen hervorgehen, die an und für sich auf etwas anderes lauten, bei welchen aber ein solcher Anspruch als Beihilfeanspruch zu verzeichnen ist; so besteht bei allen Schuldverhältnissen, die auf eine Veräußerung gehen, eine Verpflichtung des Veräußernden, die auf den veräußerten Gegenstand bezüglichen Urkunden zu Eigentum herauszugeben, so §§ 444, 445.

4. Endlich kann der Anspruch auf die Urkunde in der Art abgemindert sein, daß man keinen Anspruch hat auf Eigentumserwerb, wohl aber auf Vorweisung zum Zweck der Belehrung, sowie auf Vorweisung zu dem Zwecke, um die Urkunde als Beweisstück im Prozeß zu gebrauchen.[1]) Das ist insbesondere der Fall, wenn die Urkunde errichtet worden ist, um zum

---

[1]) Diesen Charakter der Edition habe ich m. W. zuerst entwickelt in Arch. f. ziv. Prax. 79 S. 1 (Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß S. 374 f.).

Beweis eines Schuldverhältnisses zu dienen: dann hat jede Person, die aus diesem Schuldverhältnis unmittelbar oder mittelbar berechtigt ist, die Befugnis, die Vorweisung der Urkunde zu verlangen. Zu solchen Urkunden gehören auch die sog. Vorbereitungsurkunden, d. h. sämtliche Urkunden, welche die Verhandlungen enthalten, aus denen schließlich das Schuldverhältnis hervorgegangen ist, § 810 B.G.B.

§ 3.

I. Die für das Recht in Betracht kommenden wirtschaftlichen Güter, welche zum Objekt von Schuldverhältnissen gemacht werden können, sind, abgesehen von der Persönlichkeit selbst, entweder Gegenstände, oder es sind Zustände, oder es ist die Arbeit, richtiger gesagt, es ist die fremde Persönlichkeit als Arbeitswesen. Nach diesen wirtschaftlichen Beziehungen müssen auch die Schuldrechte eingeteilt werden.

II. Unter Gegenstand versteht man ein von der Persönlichkeit verschiedenes, einer unmittelbaren Verwendung zugängliches Mittel für die Befriedigung menschlicher Lebensinteressen. Der Gegenstand kann zunächst ein körperlicher Gegenstand sein, dann heißt er Sache (Grundstück, bewegliche Sache). Der Gegenstand kann aber auch ein unkörperliches Gut sein, das trotzdem einer unmittelbaren Einwirkung und Beherrschung zugänglich ist. Hierher gehört vor allem die Elektrizität, die sich dadurch auszeichnet, daß sie, wenn auch an Körper gebunden, doch nicht eine Eigenschaft dieser Körper darstellt, sondern eine Beschaffenheit des Äthers, welcher mehr oder minder zu diesen Körpern in Beziehung tritt. Zu den Gegenständen gehört aber vor allem auch eine Idee, die dadurch beherrscht wird, daß man sie zur Ausführung bringt und auf solche Weise in fruchtbringender Weise in die menschliche Wirtschaft einführt. Nach allen diesen Richtungen kann sich das Schuldrecht entwickeln: es kann sämtliche derartige Gegenstände umfassen; insbesondere können sämtliche zum Objekt derjenigen Schuldverhältnisse werden, welche auf Austausch gerichtet sind, indem Gegenstand gegen Gegenstand im Güterwechsel gegeben wird; und auch insofern es sich um Arbeitsvergütung handelt, kann die Vergütung in irgend einem Gegenstand bestehen. Auch eine Forderung oder, richtiger gesagt, eine Drittperson in Bezug

auf den gegen sie gerichteten Forderungszwang kann als Gegenstand gelten.

Selbst gewisse Persönlichkeitsergebnisse können von der Persönlichkeit ausgeschieden und Objekte des Verkehrs werden; denn wenn auch im ganzen die Persönlichkeit selber nicht in den Handel inbegriffen werden kann, so steht doch nichts im Wege, daß gewisse in der Persönlichkeit entwickelte Rechtsgüter sich von der Person loslösen und in den Verkehr treten; so z. B. das durch die Person gebildete und gekennzeichnete Gewerbe, so auch Firma und Marke.

Alle diese Gegenstände können in ihrer Gesamtheit, wie in Einzelbenutzungen Objekte des Rechts bilden. Es kann nicht nur Rechte geben am Gegenstand überhaupt, sondern auch am Gegenstand in Bezug auf seinen Gebrauch; ebenso kann es Rechte auf den Gegenstand geben, wie Rechte auf den Gebrauch, und zwar kann dieses Recht auf den Gebrauch ein Recht auf ein dingliches Gebrauchsrecht sein oder einfach ein Recht auf den Gebrauch, der wieder mehr oder minder durch den Besitz gefestigt werden soll.

III. Im Gegensatz zu den Gegenständen stehen die Zustände, die ebenfalls insofern zum Objekt des Verkehrs werden können, als sich jemand verpflichten kann, derartige Zustände herbeizuführen. Hier tritt der Werkvertrag in seiner eigentümlichen Stellung ein. Zwar kann er sich auch auf Gegenstände beziehen, insofern als der Verpflichtete durch seine Leistung derartige Gegenstände schaffen soll, denn Gegenstände können nicht nur durch die Natur, sondern auch durch den Menschen geschaffen werden, — auch die Umbildung von Naturstoffen kann ein Neuschaffen sein; der Werkvertrag ist aber nicht darauf beschränkt, sondern kann auch dahin gehen, daß der Unternehmer lediglich einen Zustand herbeiführen soll. Dieser Zustand kann mehr oder minder mit den Gegenständen oder Sachen in Verbindung stehen, z. B. es verpflichtet sich jemand, eine Sache zu verbessern oder eine Erfindung weiter auszubilden. Er kann sich aber auch mehr oder weniger von diesen Gütern lösen. Schon dadurch entfernt sich der Zustandsbegriff vom Sachbegriff, daß die Verpflichtung das Ziel haben kann, eine bewegliche Sache von einem Ort zum anderen zu bringen: die Beförderungsverträge sind Verträge auf

Zustandsleistungen. Aber der Werkvertrag kann auch auf solche Leistungen gehen, die von der Welt der Gegenstände völlig abgekehrt sind; so wenn es sich um ein Feuerwerk, um die augenblickliche Erzeugung eines Wohlgeruchs, einer Temperatur, noch mehr, wenn es sich um eine künstlerische Darstellung handelt: in diesen Fällen geht die Leistung dahin, eine bestimmte Reihe von Eindrücken zu schaffen, die wieder durch gewisse Eindrucksmittel hervorgerufen werden. Daß auch hier Lebensgüter höchsten Ranges in Frage stehen können, bedarf keiner Ausführung; und beizufügen ist, daß das Ergebnis, um das es sich handelt, auch ein negatives sein kann: es kann in einem Unterlassen und in dem Erfolg des Unterlassens bestehen.

Endlich kann auch die Arbeit, der Dienst an sich schon ein Lebensgut darstellen, auch ohne Rücksicht auf ein dadurch zu erreichendes Ergebnis; denn schon das ist von Bedeutung, daß man gewisse Dienste in seiner Gewalt hat und einem damit die Möglichkeit der verschiedensten körperlichen oder unkörperlichen, gegenständlichen und nicht gegenständlichen Ergebnisse zur Verfügung steht. Das ist das Bereich des Dienstverhältnisses. Zustände und Arbeit können nicht Gegenstand von Tausch- und Kaufvertrag sein, sondern sie eignen sich zu Dienst- und Werkverträgen; sie können auch nicht Arbeitsvergütung sein, denn wenn auch möglicherweise für irgend einen Dienst wiederum ein Dienst versprochen wird, so ist das Dienst gegen Dienst, nicht Dienst gegen Vergütung. Über ihre Wiedererstattung im Fall des Rücktritts gelten besondere Bestimmungen, § 346: sie geschieht im Wert.

IV. Kehren wir zum Gegenstandsrechte zurück, so ist noch folgendes Wichtige beizufügen. Die Gegenstände können unmittelbare Objekte des Rechts sein. Sie eignen sich also zu sog. absoluten Rechten, zu dinglichen Rechten, Immaterialgüterrechten und auch zu verkehrsfähigen Persönlichkeitsrechten. Dagegen kann weder ein Zustand noch eine Arbeit Gegenstand eines absoluten Rechts sein: sie können immer nur mittelbar erfaßt werden entweder durch das Schuldrecht, indem jemand verpflichtet ist, Zustände oder Arbeit herbeizuführen, oder durch das Immaterialgüterrecht, indem dieses als Erfinderrecht die Alleinbefugnis gibt, derartige Zustände

oder derartige Arbeit auf eine bestimmte Weise zu schaffen.

V. Aber auch, was die Gegenstände betrifft, besteht ein bedeutender Unterschied zwischen dem absoluten Recht und dem Schuldrecht. Beim absoluten Recht, vor allem beim Sachenrecht, ist es nötig, daß ein bestimmter Gegenstand zum Objekt des Rechtes wird. Ein absolutes Recht an einer Quantität gibt es nicht, ebenso geht es nicht an, einen Wert zum Objekt des dinglichen Rechts zu machen, weil auf solche Weise das Objekt völlig zerfließen würde in der Vielheit der Dinge, die einen Wert darstellen. Ein Wertrecht als dingliches Recht ist nur in der Art möglich, daß man ein Recht an einem bestimmten Gegenstand hat, zum Zweck, um daraus einen bestimmten Wert zu schöpfen: hier ist aber der Gegenstand Objekt des Rechts, und nicht der Wert.

Das Schuldrecht dagegen kann die Gegenstände nach jeder Seite hin ergreifen. Bei ihm kann eine solche Gleichstellung von Gegenständen erfolgen, daß es die Eigenart des Schuldrechts nicht berührt, ob die einen oder anderen Sondersachen geleistet werden, sofern es eben nur Sondersachen einer bestimmten Gattung sind. Daher gibt es Gattungsverpflichtungen; es gibt insbesondere Verpflichtungen in Bezug auf vertretbare Sachen, d. h. in Bezug auf solche Gattungssachen, die im Verkehr einen bestimmten anerkannten Gattungstypus an sich tragen, und es gibt vor allem Schuldverhältnisse in Bezug auf den Wert, und diese spielen die größte Rolle (Geldschulden). Noch mehr: das Schuldrecht wird zwar sonst zunächst von dem Gedanken getragen, daß die Vermögensobjekte in ihrem Sonderdasein zur Geltung kommen sollen, aber im Hintergrunde lauert doch der weitere Gedanke, daß die Sondergegenstände zugleich Wertträger sind, so daß sie dann als Wertträger zur Wirksamkeit kommen können, wenn ihr Sonderdasein in bestimmter Weise unmöglich gemacht wird. Das gilt von Vermögensobjekten gegenständlicher wie nicht gegenständlicher Art: darauf beruht die Eigenart der Entschädigung. Diesen Gedanken hat man auch auf Nichtvermögensinteressen ausgedehnt. Allerdings kann eine Schädigung idealer Art: Kränkung, Schmerzbereitung, nicht durch Vermögen ausgeglichen werden, wohl aber geht es

an, dem Beschädigten durch Vermögenszuwendung ideale Wertobjekte erreichbar zu machen, deren Genuß den Schmerz der Kränkung aufwiegt (Genugtuung).

VI. Wo immer deshalb das dingliche Recht einen Anlauf nimmt, von einem Recht am Gegenstand zu einem Recht am Werte zu werden, kann sich die Rechtsordnung nur dadurch helfen, daß sie das Sachenrecht als einen nicht weiter geeigneten Boden verläßt, auf das Schuldrecht übergreift und das Verhältnis schuldrechtlich gestaltet; sodaß sie also den Gegenstand ins Eigentum des Berechtigten überträgt und eine entsprechende Wertrückgabe in der einen oder in der anderen Weise schuldrechtlich vorbehält: so beim uneigentlichen Nießbrauch, so beim uneigentlichen Verwahrungsvertrag.

Allgemeiner Teil.

I. Abschnitt.

Grundgedanken des Schuldrechts.

I. Kennzeichnung des Schuldrechts nach seinem Inhalt.

§ 4.

I. Die Gestaltung des Schuldrechts ist bei den Völkern nach zweifacher Richtung hin in hohem Maße verschieden. Zunächst kommt in Betracht die Art des Schuldrechts und sodann die Art der Entstehung.

II. Schuldrecht kann soviel heißen wie Haftung,[1]) in der Art, daß der Gläubiger für ein bestimmtes ihm zustehendes Ergebnis ein sachenrechtliches Wertrecht an der Person des Schuldners hat;[2]) oder es ist ein Verpflichtetsein in der Weise, daß dem Gläubiger nicht mehr ein Herrschaftsrecht, sondern nur ein Recht auf die Pflicht zukommt. Verpflichtet sein aber bedeutet, daß die Person die Bewirkung einer Leistung als gesellschaftliche Auflage betrachten muß: neben anderen gesellschaftlichen Auflagen entsteht diese, neben der allgemeinen gesellschaftlichen Pflicht die besondere gegenüber dem einen Gläubiger:

---

[1]) Vgl. auch Einführung in die Rechtswissenschaft S. 58f.

[2]) Über die Geschichte dieser Haftung des Schuldners mit Leib und Leben habe ich ausführlich in meinem Buche „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz" gehandelt. Die Annahme mancher der Neueren, daß das partes secanto der XII Tafeln nicht auf ein Tötungsrecht hindeuten könne, weil die Römer damals zu hoch entwickelt waren, steht auf der gleichen Stufe geschichtlicher Betrachtung, als wenn jemand geltend machen wollte, daß unmöglich die hochgebildeten Azteken ihre Gefangenen geopfert und verzehrt und unmöglich das Zeitalter Raffaels die Leute gefoltert, gevierteilt oder gerädert haben könne. Wer keinen geschichtlichen Sinn hat, der möge über diese Dinge schweigen!

denn der soziale Mensch ist ein Pflichtenwesen mit einem gesellschaftlich vorgeschriebenen Kreis von Aufgaben. Das Schuldenwesen aber spielt jetzt nicht mehr im Bereich der sklavenmäßigen Dienstbarkeit, sondern im Bereich der gesellschaftsgemäßen Ordnung der menschlichen Aufgaben.

Bei uns gilt nur noch das letztere Prinzip, und es ist unrichtig, wenn man von germanistischer Seite annimmt, daß es nicht nur ein Verpflichtetsein des Schuldners, sondern auch ein Haften, ein Einstehen und dgl. gäbe;[1]) denn alles dieses geht auf den früheren Standpunkt zurück; und wenn heutzutage beispielsweise der Bürge nur allenfalls in Anspruch zu nehmen ist, oder wenn auch sonst, z. B. bei dem Kauf auf Probe, zwar eine Gebundenheit, aber noch keine Verpflichtung vorliegt, so kann auch das nicht anders aufgefaßt werden, als daß die Verpflichtung eben eine allenfallsige ist. Alles, was nach anderer Seite darüber ausgeführt wurde, hat nur geschichtlichen Wert als Ausfluß früherer Anschauungen, dagegen keine gegenwärtige dogmatische Bedeutung mehr.[2])

Den Ausdruck „Haftung" werden wir allerdings beibehalten für eine bestimmte Art des Verpflichtetseins, für die Art nämlich, wo jemand nur mittelbar oder nur für gewisse Fälle verpflichtet ist. Daher sprechen wir

1. von Haftung für Verschulden und zwar für das eigene wie für das fremde Verschulden, auch von Haftung für Zufall, sofern jemand verpflichtet ist, Schadenersatz zu leisten für gewisse Möglichkeiten, die durch Verschulden oder Zufall bestimmt werden. Ebenso können wir

2. von Haftung sprechen bei allenfallsigen Verpflichtungen aller Art. Solche kommen namentlich vor

a) als bedingte Verbindlichkeiten,

b) als Verbindlichkeiten, die einstweilen nur eine Rechtslage schaffen und ein Schuldigsein erst dann bewirken, wenn noch etwas Bestimmtes hinzukommt, das möglicherweise völlig ins Unbestimmte gestellt sein kann, z. B. Bürgschaft für künftige Schulden.

---

[1]) Hierüber Arch. f. ziv. Prax. 91 S. 176f.

[2]) Die Plauderei von Bekker (Jahrb. f. Dogm. 49 S. 51f.) kann unbemerkt bleiben.

Endlich kann

c) die Verbindlichkeit so beschaffen sein, daß das Schuldigsein erst beginnen soll, wenn der Schuldner noch eine bestimmte Erklärung abgibt und zwar eine Erklärung, die vielleicht vollständig in seinen Willen gesetzt ist. Derartige Schuldverhältnisse spielen im Leben eine große Rolle, z. B. bei dem Kauf auf Probe oder dem Schenkungsversprechen, bei dem man sich vorbehält, künftig zu bestimmen, ob die Schenkung verwirklicht werden soll oder nicht; welch letzteres deswegen besonders wichtig ist, weil das Schenkungsversprechen der notariellen Beurkundung bedarf, dagegen eine solche nachträgliche Willenserklärung auch ohne Beurkundung erfolgen kann.

Der Ausdruck Haftung in solchen Fällen ist ein übertragener; zu ihm sind wir nach dem Brauch der Sprache berechtigt, denn dieser hat sich mit der Entwicklung des Rechts gewandelt.[1])

III. Schuldverhältnisse bestehen in Verpflichtungen zu einer Leistung; aber nicht alle Verpflichtungen sind schuldrechtlich.

Nicht schuldrechtlich sind die aus den Gegenstandsrechten, namentlich aus den Sachenrechten sich ergebenden Anspruchsverhältnisse, die den Zweck verfolgen, das Zusammensein dieser Gegenstandsrechte zu regeln und ihren Zusammenstoß zu verhüten (S. 3). Dies sind Verpflichtungen des Gegenstandsrechts, bezw. des Sachenrechts, welche den Grundsätzen dieser Rechte entsprechen und darum auch in Bezug auf die Person des Berechtigten oder Verpflichteten den sachenrechtlichen Grundsätzen unterliegen. So die Ansprüche des Nachbarrechts und die aus dem Miteigentum hervorgehenden Ansprüche, namentlich der Teilungsanspruch; so auch eine Reihe von Ansprüchen, die aus der Veräußerung an sich entspringen: wer veräußert, umgibt sich mit einer Reihe von Anspruchspflichten ohne Rücksicht auf das Schuldverhältnis, das der Veräußerung zu Grunde liegt, so §§ 402, 403, 416 Abs. 3 B.G.B. Vgl. auch S. 4.

---

[1]) Ich muß mich daher zum voraus verwahren gegen solche, die sich an Worte klammern und Widersprüche zu finden glauben, wo der natürliche Zusammenhang den Sprachsinn kundgibt. Die Sprache des Juristen soll genau, aber nicht pedantisch sein.

IV. Das Schuldverhältnis besteht in der Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung. Gewöhnlich ist die Leistung eine Leistung an den Gläubiger; aber durchaus nicht immer: die Leistung kann auch eine Leistung zu Gunsten des Publikums sein, eine Leistung von allgemeinem Interesse, eine Leistung zu Gunsten eines dritten. Das war nicht immer so; die Rechtslehre vergleichheitlichte lange Zeit beides: der Schuldner war nicht nur dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, sondern auch verpflichtet zur Leistung an den Gläubiger. Das neuzeitliche Recht hat diesen Bann völlig gebrochen; manche Rechtseinrichtungen haben erst hierdurch ihre richtige Gestaltung gefunden (wie z. B. die Lehre von den unteilbaren Schuldverhältnissen); andere wie die Lehre vom Versprechen zu Gunsten dritter konnten endlich aus ihrem embryonalen Stande zum vollen Sein erwachen, und alle Teile des Schuldrechts wurden durch diese Erkenntnis befruchtet.

V. Schuldverhältnisse können Schuldverhältnisse mit einem bestimmten oder einem unbestimmten, erst in Zukunft zu bestimmenden Gläubiger sein. Die Begründung von Schuldverhältnissen mit unbestimmtem Gläubiger geschieht durch Schuldschöpfung; sie wird, als besondere Art der Schuldbegründung, an späterer Stelle erörtert werden. In anderen Fällen kann subjektive Unsicherheit über die Person des Gläubigers bestehen, sodaß durch eine doppelte Rechtsordnung oder in anderer Weise geholfen werden muß (§§ 720, 1473, 1524, 2019, 2111; 372), von welchen Dingen in der Lehre von der Forderungsübertragung und von der Hinterlegung zu handeln sein wird. Vgl. S. 170 und 190.

Die Schuldverhältnisse sind ferner regelmäßig Schuldverhältnisse mit Verpflichtung eines bestimmten Schuldners; aber es können auch Schuldverhältnisse begründet werden, welche nicht einen bestimmten Schuldner haben, bei welchen vielmehr die Schuldnerschaft durch künftige Umstände bezeichnet wird, sodaß sie sozusagen wandelt und sich bald auf der einen, bald auf der anderen Person festsetzt. Man sprach hier von *actiones in rem scriptae,* ich spreche von überspringenden Schuldverhältnissen. Solche sind

1. die Schuldverhältnisse des § 883 kraft Eintragung ins Grundbuch, wovon im Sachenrechte zu handeln ist;

2. das Schuldrecht auf Rückgabe einer Sache gegen den unmittelbaren Besitzer, wenn der zunächst Rückgabepflichtige den unmittelbaren Besitz einem anderen eingeräumt und sich zum mittelbaren Besitzer gemacht hat; so insbesondere, sofern der Vermieter die Rückgabe der vermieteten Sache beansprucht und der Mieter sie einem dritten weiter vermietete oder in Verwahrung gab. Der Anspruch des Vermieters geht auch gegen den Untermieter; ähnlich verhält es sich mit dem Leihvertrag. Der Grund liegt darin: wer als unmittelbarer Besitzer (Aftermieter oder Nachmieter) gegenüber dem mittelbaren Besitzer (dem ersten Mieter) besitzt, der muß auch die Besitzverhältnisse des ersten Mieters übernehmen und damit auch die aus diesen Besitzverhältnissen sich ergebende Pflicht der Rückerstattung; vgl. § 556 und 604.

Ein 3. Fall ist der des Treuverhältnisses (Fiduziarverhältnisses).

Treuverhältnis ist ein Auftragsverhältnis eigener Art, das mit der Treuhänderschaft Verwandtschaft zeigt (oben I, S. 428 f.), sich aber durch die rein schuldrechtliche Natur von ihr unterscheidet und darum erst hier zur Darstellung kommt. Ein solches Verhältnis liegt vor, wenn jemand ein Recht erlangt mit der Treupflicht, es nicht in vollem Umfange, sondern nur nach bestimmter Richtung hin zu gebrauchen und sodann den Rest dem Anvertrauenden zurückzuerstatten. Eine solche Treupflicht wirkt als überspringendes Schuldverhältnis:

a) das Recht des Auftraggebers aus der Treupflicht geht zwar nicht gegen denjenigen, der aus treuwidriger Veräußerung erwirbt, denn der Auftraggeber vertraut sich der Treue des Beauftragten an und gibt sich seiner Treue preis; wohl aber gegen denjenigen dritten Erwerber, der auf Grund von Gesetz oder Gerichtstätigkeit erwirbt, also insbesondere gegen denjenigen, der durch Zwangsvollstreckung oder Konkurs ein Recht am Gegenstand erlangt, namentlich auch gegen die Konkursmasse. Ein Hauptfall liegt vor, wenn jemand einen Wechsel voll giriert, aber nur zum Zwecke des Inkassos, und wenn nun der Indossatar in Konkurs fällt und die Konkursmasse sich des Wechsels bemächtigt; hier kommt jener Gegengesichtspunkt nicht zur Geltung:

man kann sich durch Auswahl der vertrauenswürdigen Person gegen Vertrauenswidrigkeiten schützen, aber nicht gegen die Gerichtstätigkeit;[1])

b) der Erwerber kann in Anspruch genommen werden, wenn er im Einverständnis mit dem Veräußerer treulos handelt, d. h. an dessen Treulosigkeit teilnimmt;

c) handelt es sich um eine Forderungsübertragung im Treuverhältnis, dann kann der Schuldner zur Geltung bringen, daß der neue Gläubiger die Treupflicht verletzt, und kann auf Grund dessen eine Einrede entgegenhalten; so namentlich, wenn der in der Übertragung enthaltene Auftrag unterdessen widerrufen worden ist oder die Übertragung mit der Pflicht erfolgte, die Forderung nur unter besonderen Voraussetzungen geltend zu machen.[2])

4. Einen Fall des überspringenden Schuldverhältnisses konstruierte man dereinst in dem Recht zur Sache.

Ein Recht zur Sache im Sinne des preußischen Landrechts, — welches den Satz aufstellte: wenn dieselbe Sache hintereinander zweien verkauft wurde, so muß der zweite Käufer, dem die Sache zuvörderst übergeben wurde, sie dem ersten zurückerstatten, sofern er zur Zeit seines Kaufes von diesem ersten Kauf wußte, — haben wir nicht, weil der Käufer auf solche Weise in eine grundlose Unsicherheit hinein geriete. Es ist nicht seine Aufgabe, sich über den ersten Kauf und über die Schicksale des ersten Kaufes weiter zu verlässigen. Sofern allerdings das „Recht zur Sache" einen richtigen Kern hat, kommt es auch im B.G.B. zur Geltung; denn

a) wenn durch Besitzauftragung (Constitut) eine bewegliche Sache übergeben worden ist, so ist sie übergeben und der Käufer ist Eigentümer geworden: er geht jedem weiteren Käufer vor, soweit diesen nicht gutgläubiger Erwerb deckt; aber er geht ihm vor als Eigentümer, nicht kraft eines Rechts zur Sache;

b) ist das nicht der Fall, weiß aber der zweite Käufer nicht nur von dem ersten Kauf, sondern ist ihm aus dem

---

[1]) Leitfaden des Konkursrechts (2. Aufl.) S. 117f.

[2]) R.G. 9. Febr. 1903 Z. f. franz. Ziv.-Recht XXXV S. 32.

Ganzen klar, daß der erste Käufer um sein Recht gebracht werden soll, so kann darin eine Verletzung des Schuldrechts dieses ersten Käufers liegen, und der Verletzer ist daher nach § 823 zum Schadenersatz und demgemäß zur Herausgabe verpflichtet. Dieses scheidet aber aus unserer Betrachtungsweise aus; denn es handelt sich hier nicht um ein überspringendes Schuldverhältnis, sondern um eine Verpflichtung des Rechtsverletzers aus seiner eigenen unerlaubten Handlung.

§ 5.

I. Das Schuldrecht kann eine prozessuale Eigenart an sich tragen, und zwar

1. eine allgemeine prozessuale Eigenart, in der Art, daß einem in Frage stehenden Schuldrechte gewisse prozessuale Vorrechte oder Nachteile von selbst innewohnen (auch Nachteile, z. B. nach § 777 Z.P.O. Nachteile kraft Schieds- oder Prorogationsvertrags usw.); diese Vorrechte oder Nachteile haften dem Schuldenrecht an, und wenn es übertragen wird oder sonst übergeht, so gehen Vorteile und Nachteile auf den Erwerber von selbst mit über. Solche prozessuale Eigenart klebt aber nur am Recht, nicht an der Pflicht: geht die Pflicht auf einen anderen über, so rührt sie ihn und sein Vermögen in neuer Weise, nicht wie sie den früheren Schuldner gerührt hatte; die Vorrechte gegen den früheren Schuldner gehen nicht gegen den neuen, so insbesondere nicht die Konkursvorrechte § 418; es kann aber auch

2. eine besondere prozessuale Rechtslage durch bisherige Prozeßführung entstehen: in diesem Fall gelten für die Übertragung während des Prozesses, für Abtretung wie für Schuldübernahme, die Bestimmungen der §§ 265, 325 Z.P.O. Für die durch Vollstreckung erwirkten Rechte gilt das zu 1 Bemerkte.

II. Das Schuldverhältnis kann gewissen Beschränkungen unterliegen.

Von den wirklichen Beschränkungen sind die scheinbaren zu unterscheiden.

Eine scheinbare Beschränkung des Schuldrechts findet dann statt, wenn scheinbar der Schuldner zu einer Leistung verpflichtet ist, welche aber nur in seiner Freiwahl steht, während

seine rechtliche Verpflichtung lediglich auf Schadensersatz oder Vertragsstrafe geht (§ 343 Abs. 2 B.G.B.).

So kann es auch bei der Bürgschaft verstanden sein, daß der Bürge nicht für die Leistung, sondern nur für den etwaigen Schadensersatz haftet, und das wird hier leichter als sonst angenommen werden, weil vielfach der Bürge zu der Leistung gar nicht befähigt wäre, wie z. B. wenn der Bürge eines Angestellten für sein Wohlverhalten bürgt.

Aber auch noch in anderen Verhältnissen gelten solche Scheinbeschränkungen; so soll in gewissen Fällen nicht zur Unzeit gekündigt werden; das will aber nur heißen, daß bei der Kündigung zur Unzeit eine Schadensersatzpflicht entsteht, so §§ 627, 671, 723 B.G.B. Vgl. auch § 35 Abs. 2 VerlagsGes.

Eine Scheinbeschränkung liegt auch dann vor, wenn der Schuldner scheinbar auf das Ganze verpflichtet ist, in der Tat aber nur bis zu einem bestimmten Maß, bis zu einem bestimmten Wert: dieses Maß bildet die Grenze der wahren Verpflichtung.

In allen diesen Fällen ist das Objekt der Verpflichtung ein anderes, als es bei oberflächlicher Betrachtung erscheint; dieses andere aber wird unbeschränkt geschuldet. Ich kann von vornherein bedingen, daß ich nicht zum Tun verpflichtet bin, sondern nur zum Ersatz des aus dem Nichttun hervorgehenden Schadens: in dieser Richtung aber bin ich voll verpflichtet.[1])

III. Eine wahre Beschränkung der Verbindlichkeit aber liegt in der unbedingten oder bedingten Reaktionsunfähigkeit, d. h. in der mangelnden Deckungsbefugnis des Gläubigers.

1. Die mangelnde Deckungsbefugnis zeigt sich im Prozeß in der Art, daß die Schuld gar nicht oder nur bis zu gewisser Höhe eingetrieben werden kann. Das ist eine Beschränkung der Klage oder der Zwangsvollstreckung, die kraft Gesetzes stattfinden kann, aber auch kraft Vertrags, da einer derartigen Verfügung über die künftige Klag- und Vollstreckungsbefugnis kein gesetzlicher Grund im Wege steht.[2])

[1]) Über diese Fragen vgl. Ungehorsam und Vollstreckung S. 150f.

[2]) Die Bestimmung in § 11 Einf. zum G.V.G. ist nur prozessualisch und betrifft das materielle Recht (die Reaktionsfähigkeit) nicht. Über derartige Verträge vgl. Gesammelte Beiträge zum Zivil-Proz. S. 168f.

2. Sie zeigt sich auch zivilistisch; zwar besteht, wenn auf solche Weise die Vollstreckungsbefugnis beschränkt ist, nichtsdestoweniger insofern eine Schuld auf das Ganze, als der Schuldner das Ganze erfüllen kann und diese Leistung nicht Schenkung, sondern Erfüllungsleistung ist; dagegen ist die zivilrechtliche Deckung in gleicher Weise beschränkt wie die prozessuale. Der Schuldner braucht sich darum

a) eine Aufrechnung nicht oder nur bis zum Betrage gefallen zu lassen, bis zu dem die Deckung verlangt werden kann;

b) wenn der Schuldner diesen Betrag hinterlegt, so hat er genug getan, und die Hinterlegung hat befreiende Wirkung;

c) wenn er diesen Betrag leistet, so kann der Gläubiger die Leistung nicht als Teilleistung zurückweisen, da sie das bietet, was der Gläubiger durch Deckung erwerben könnte;

d) auch in den sonstigen Deckungsfällen kann sich der Gläubiger entweder nicht oder nur bis zu einer bestimmten Grenze decken.

Die weitere Ausführung ist unten in der Lehre von der Erfüllung und Deckung (S. 185f., 206f.) zu geben.

IV. Solche Beschränkungen des Deckungsrechts treten ein:

1. kraft des Zwangsvergleichs im Konkurs,[1])

2. in gewissen Fällen des Gesellschaftsrechts (darüber später) und in gewissen Fällen der Einwirkung genossenschaftlicher Verhältnisse; hierher gehört vor allem § 135 Gewerbeunfall-Versicherungsgesetz und die entsprechenden Bestimmungen der anderen Unfallvers.Gesetze;

3. im Fall des Verwendungsersatzanspruchs, sofern die Verwendung nicht auf einem Rechtsverhältnis beruht, § 1001, 1003;

4. in den Fällen der Einredebefugnis, von denen oben B. I § 65 (S. 189ff.) die Rede war.

§ 6.

I. Die Schuldverhältnisse kennen zwei Hauptpersonen: Gläubiger und Schuldner; es können aber auch Nebenpersonen eintreten: diese können Organe, Ersatzpersonen, Leistungsempfänger oder dritte unbeteiligte Hilfspersonen sein.

---

[1]) Leitfaden des Konkursrechts 2. Aufl. S. 288f.

II. Die Organe sind solche Personen, deren sich der Erfüllende zur Vollziehung der erforderlichen körperlichen oder geistigen Tätigkeit (nicht etwa bloß zu ihrer Vorbereitung) mit bedient. Für die Organe gelten die Sätze:

1. der Erfüllende haftet für ihre Erfüllungstätigkeit, § 278, 664, 691, und zwar gilt die Haftung nach Maßgabe des Haftungsumfangs des Schuldners (unten S. 35f.);

2. ist ein Organ Gehilfe beim Leistungsempfang, so hat es keine Befugnis, diejenigen Erklärungen abzugeben, welche der Erfüllung einen besonderen rechtsgeschäftlichen Charakter verleihen. Insbesondere ist es nicht Sache des Organs, einen etwaigen Vorbehalt beim Erfüllungsempfang auszusprechen; dazu ist das Organ, das bloß die Annahmetätigkeit zu vollziehen hat, nicht befugt. Vgl. I, S. 580f.

3. Die Organschaft der Gehilfen tritt in Schuldverhältnissen auch auf Seiten des Gläubigers hervor, insofern seine eigene unvernünftige Handlungsweise ihn zwar nicht verantwortlich macht, aber — kraft des gläubigerisch-schuldnerischen Genossenschaftsverhältnisses — eine Minderung der Schadensersatzpflicht des Schuldigen herbeiführt; sie tritt in der Art hervor, daß auch die Unvernunft einer solchen Person mit in Betracht kommt; wobei zu bemerken ist, daß der § 254 in dieser Beziehung ungenau gefaßt ist (unten S. 137f.).[1])

III. Ersatzpersonen sind solche, die nicht mit, sondern statt des Leistenden handeln, und für die er haftet, nämlich:

1. der gesetzliche Vertreter, § 278,

2. alle anderen „Substituten“, die durch das Schuldverhältnis nicht besonders zugelassen sind. Ist dagegen der Leistende befugt, eine Ersatzperson zu stellen, dann will diese Befugnis meist besagen: er kann bei der Leistung eine solche Verselbständigung vornehmen, daß die Ersatzperson nicht als Ersatz des Verpflichteten handelt, sondern selbst in die Leistung eintritt, in der Art, daß die Verpflichtung des Leistensollenden sich darauf beschränkt, eine taugliche Leistungsperson zu

---

[1]) Arch. f. ziv. Praxis 96 S. 355f.

ernennen, er also nur für Verschulden in der Auswahl haftet, §§ 664, 691 B.G.B. Dies kann auch beim Werkvertrag vorkommen.[1])

IV. Von den Leistungsempfängern wird unten S. 57f. die Rede sein.

V. Die Mitwirkung dritter unbeteiligter Hilfspersonen findet insbesondere in zwei Fällen statt;

1. wenn nach der Bestimmung des Geschäfts der Gegenstand des Schuldverhältnisses von einem dritten bezeichnet werden soll, sei es, daß eine solche Bestimmung von vornherein vorliegt, oder daß sie geschieht auf Grund vorhergehender Zweifel und Uneinigkeiten (Schiedsmann, § 317ff.);

2. wenn bestimmt ist, daß ein dritter eine Wahl vollziehe, sei es nun eine Wahl unter verschiedenen Gegenständen oder eine Wahl unter verschiedenen Annahmeleistungen, welch letzteres insbesondere bei den Preisrichtern eines Preisausschreibens der Fall ist, § 661.

Die Erklärung des dritten ist in diesen Fällen rechtsgeschäftlich; jedoch ist sie keine Parteierklärung, sondern Erklärung eines dritten, weshalb sie zwar nichtig ist, wenn sie von einem Geschäftsunfähigen herrührt, dagegen als Erklärung eines Geschäftsbeschränkten keiner Einwilligung oder Genehmigung bedarf, da es sich ja nicht um das Vermögen des bestimmenden dritten, sondern um fremdes Vermögen handelt und die Verfügungsfähigkeit mithin nicht in Betracht kommt, vgl. § 165. Oben I S. 279, 539.

VI. Die dritte unbeteiligte Hilfsperson handelt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragsgenossen. Die Erklärung ist ankunftsbedürftig. Sie ist anfechtbar wegen Zwangs, Betrugs und Irrtums; die Anfechtung muß unverzüglich erfolgen, sie erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Vertragsgenossen, § 318; eine Bestimmung, die insbesondere auch bei der Auslobung im Fall des Preisrichteramtes eines dritten, § 661, gelten muß, wo die Anfechtung gegenüber dem Auslobenden, oder

---

[1]) Der Zahlkellner ist nicht als Organ, sondern als Ersatzperson aufzufassen, sofern er dem Wirte gegenüber die Zahlung in „Entreprise" hat und ihm auch für den etwaigen Ausfall einsteht. Im übrigen vgl. Kammergericht 30. Nov. 1903, Mugdan IX, S. 294, O.L.G. Dresden 3. April 1903 Recht VII S. 263.

wenn dieser anficht, gegenüber dem zu erheben ist, der von dem Preisrichter als der Preisträger und damit als der Vertragsgenosse bezeichnet wird. 30 Jahre decken auch hier alles zu.

Ist die Erklärung angefochten, dann ist es, als ob sie nicht vorhanden wäre, und es hat darum der dritte, wenn er sich dazu versteht, eine neue Erklärung abzugeben. Tut er es nicht, dann treten die Grundsätze ein, welche gelten, wenn der Schiedsmann oder Preisrichter die Erklärung ablehnt.

VII. Eine besondere Art der Tätigkeit einer dritten Hilfsperson ist dann gegeben, wenn diese Erklärung nicht in ihr freies Belieben, d. h. in ihr unkontrollierbares Ermessen, sondern in ihr billiges Ermessen gestellt ist, in welchem Falle die Erklärung, die der Billigkeit nicht entspricht, unwirksam ist und die Sache in der Art geregelt werden muß, wie wenn eine Erklärung gar nicht vorläge: daher muß das billige Ermessen jetzt von andersher geholt werden, und darum bestimmt das Gericht, § 319. Dies gilt nicht vom Preisrichter, denn dieser ist niemals einer gerichtlichen Nachprüfung zu unterwerfen, außer einer solchen, die im Auslobungsvertrag bestimmt wurde.

VIII. Die Art und Weise, wie der dritte seine Erklärung vorbereitet, ist eine innere Angelegenheit, welche die Vertragsteile nicht weiter berührt. Natürlich haben die Parteien nach gutem Glauben dem dritten die nötige Auskunft zu geben; aber Bestimmungen über das Verfahren, das er einzuschlagen hat, gibt es nicht. Anders ist es nur dann, wenn der Vertrag zum Schiedsvertrag wird, in welchem Falle dem Schiedsspruch eine schiedsgerichtliche quasiprozessuale Tätigkeit vorhergehen muß, von der aber hier nicht zu handeln ist. Vgl. darüber ausführlich Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß S. 259ff.

II. Kennzeichnung des Schuldrechts nach seiner Entstehung.

§ 7.

I. Das Schuldrecht einer bestimmten Zeitspanne kennzeichnet sich aber auch durch die Art seiner Entstehung.[1]) Von jeher

[1]) Vgl. darüber auch Enzyklopädie I S. 637f.

gilt der Satz, daß aus den gesellschaftlichen Verhältnissen unmittelbar Verpflichtungen erwachsen können. Der Fortschritt der Vereinzelung aber bewirkt eine wesentliche Anteilnahme der Person an der Entstehung des Schuldrechts. Es entwickeln sich daher vor allem zwei Quellen, aus denen Schuldverhältnisse hervorgehen, nämlich das Rechtsgeschäft und die unerlaubte Handlung, ersteres beruhend auf der Geschäftsfähigkeit, letztere auf der Verantwortlichkeit.

II. Das römische Recht hat diesen Gesichtspunkt in kraftvoller, aber auch einseitiger Weise durchgeführt, so sehr, daß jede Entstehung einer Schuld, die nicht in diese Kreise fiel, gewaltsam in diese Zirkel hineingezogen wurde. Neben das Rechtsgeschäft trat der quasi-Kontrakt, neben das Delikt das quasi-Delikt. Man übersah viel zu sehr die soziale Natur der menschlichen Gesellschaft mit ihren unendlich vielen Pflichten und Leistungen; auf der anderen Seite trug diese Gestaltung allerdings viel dazu bei, die Kraft der Person zu steigern: wer weiß, daß er wesentlich auf sich gestellt ist und sich die Pflichtenverhältnisse selbst schafft, wird sich stärker in seiner Persönlichkeit fühlen, als wer gesellschaftlich von einer Menge von Pflichten in Anspruch genommen ist, in die er ohne seinen Willen hineingezogen wird.

Sodann waren die Rechtsverhältnisse, die zwar in ihrer Entstehung auf Selbsttätigkeit beruhen, in ihrem Fortgang aber eine Reihe von Verpflichtungen aus sich erzeugen, im römischen Recht weit weniger entwickelt als bei uns: der ganze Dienst- und Werkvertrag hatte unter dem Sklavenwesen und unter dem Mangel der Technik zu leiden, und das Gesellschaftswesen war als Familienbeziehung erwachsen und trug noch viel zu sehr das Gepräge dieser.

III. In einem gewissen Gegensatz dazu steht das neuzeitliche Recht, das wesentliche germanische Gedanken in sich aufgenommen hat. Nicht nur, daß es diese eben erwähnten Rechtsverhältnisse in eingehendster Weise regelt: ihm eignet auch sonst die Anschauung, daß aus dem Zusammenhang gesellschaftlicher Verhältnisse heraus Pflichten erwachsen, die nicht in der Eigentat der Person wurzeln. Das ist an sich vollkommen gerechtfertigt; auf der anderen Seite darf die Eigentat mit ihrem bildenden, kräftigenden Einfluß nicht

zu sehr zurückgedrängt werden. Darum streben unsere neuzeitlichen Gesetze, und so auch das B.G.B., nach einem mittleren System, wonach auf der einen Seite gesellschaftliche Elemente walten, auf der anderen Seite die Eigenperson die Erzeugerin von Schuldverhältnissen bleibt. Insbesondere ist man davon abgestanden, eine allgemeinrechtliche Pflicht der Menschenhilfe festzusetzen; dies hätte nicht nur das ganze sittliche Leben, das nur in freier Selbstbestimmung gedeihen kann, zerrüttet, sondern es wäre ein Eingriff in das eigenpersönliche Leben gewesen, welcher die Tätigkeit des Menschen zersplittert, unser ganzes Eigendasein entnervt und das Einzelwesen der Mitwelt geopfert hätte, ohne daß es das hätte leisten können, was es in tatkräftiger Zusammenfassung zu leisten im stande ist. Daher kann auch § 826 nicht so verstanden werden, als ob daraus eine Verpflichtung zur Menschenhilfe hervorginge. Nur ausnahmsweise hat man eine solche Pflicht anerkannt 1. in gewissen Sonderfällen, so im See- und Bergrecht, wovon hier nicht zu handeln ist, und sodann 2. in der Lehre vom Notstand, § 904, sofern jeder innerhalb gewisser Schranken befugt ist, in die Rechtskreise anderer einzuwirken, diese Rechtskreise ihm also insofern offenstehen.

IV. Dagegen hat das Schuldrecht im übrigen soziale Züge angenommen. Hiervon gilt folgendes:

1. Wir kennen eine Reihe von Schuldverhältnissen, welche nicht etwa bloß auf den Erben, sondern auch auf den Sondernachfolger überspringen, wodurch ohne eigenpersönliche Betätigung eine Fülle von Pflichtverhältnissen erwächst (oben S. 13).

2. Die tiefgreifenden Schuldverhältnisse des Dienst-, Werk- und Gesellschaftsvertrages haben nunmehr ihr volles Bürgerrecht erlangt.

Außerdem entspricht den Grundsätzen der Menschenhilfe

3. die Erklärungspflicht, d. h. die Pflicht, auf einen Vertragsantrag eine Antwort zu geben; eine solche besteht regelmäßig nicht, sie kann aber unter besonderen Umständen erwachsen, und zwar

a) aus der öffentlichen Bestallung, wenn jemand zur Geschäftsbesorgung öffentlich ernannt ist — ohne Rücksicht

darauf, ob mit oder gegen seinen Willen, ob zu Recht oder zu Unrecht;

b) sie kann hervorgehen aus Verkehrshandlungen des Verpflichteten, nämlich α) aus einem öffentlichen Sicherbieten zur Geschäftsbesorgung, β) aus einem Sicherbieten an einen bestimmten einzelnen, § 663 B.G.B.; vgl. auch § 30 Rechtsanwaltsordnung. In beiden Fällen handelt es sich um eine aus der Verkehrsstellung entspringende soziale Pflicht, nicht etwa bloß um eine Verpflichtung aus der Verkehrshandlung als Rechtshandlung; weshalb die Verpflichtung auch dann eintritt, wenn die Verkehrshandlung ungiltig war oder angefochten wird, vorausgesetzt nur, daß der Pflichtige im Augenblick der Pflichtentstehung geschäftsfähig ist.

Dies gilt von der Geschäftsbesorgung, über die S. 116f. zu handeln ist. Inwiefern aus einer anderen öffentlichrechtlichen Stellung oder aus dem öffentlichen oder privaten Sicherbieten zu anderen Tätigkeiten eine derartige Pflicht hervorgeht, richtet sich nach der Verkehrsanschauung: soweit die Verkehrsanschauung eine Pflicht anerkennt, ist § 663 darauf zu erstrecken, z. B. bei einer Heilanstalt oder Klinik.

Im Handelsrecht ist dieser Gedanke zum Vertragsschließungszwang umgewandelt worden, zum unbedingten Vertragsschließungszwang bei gewissen Verkehrsinstituten,[1]) sonst zum bedingten, indem unter bestimmten Umständen die Nichtantwort als Annahme gilt, § 362 H.G.B.

Der Menschenhilfe entspricht

4. die in einer Reihe von Fällen aufgestellte Anzeigepflicht, die auf dem Gedanken beruht, daß der einzelne nicht seine Sonderwege gehen, sondern gewisse bedeutsame Ereignisse anderen Personen, mit denen er in ein bestimmtes Vertragsverhältnis getreten ist, mitteilen soll; so insbesondere bei der Geschäftsbesorgung, bei der Gesellschaft, bei der Hinterlegung und dem Selbsthilfeverkauf, bei der Anweisung, und auch in Fällen des Miet- und Werkverhältnisses, §§ 374, 382, 545, 650, 665, 666, 673, 681, 727, 789 u. a. Aber auch in sonstigen, nicht nur in den gesetzlichen Fällen muß eine Anzeigepflicht angenommen werden, wo immer zwei Personen

---

[1]) Enzyklop. I S. 687.

in einem Geschäftsverhältnis zueinander stehen und Umstände eintreten, die bloß dem einen bekannt sein können, während auch der andere Teil, um seine Geschäftsinteressen zu wahren, von dem Umstande Kenntnis haben muß; so namentlich, wenn jemand für den Fall des Eintritts einer Bedingung dem Vertragsgenossen Befugnisse zugesprochen hat und diese Befugnisse erst nach Kenntnis des Bedingungseintritts ausgeübt werden können. Wäre es hier verkehrsmäßig, ihm die Nachricht vom Bedingungseintritt vorzuenthalten?[1])

Auch die Anzeigepflicht ist eine soziale Pflicht, die sich aus der Tatsächlichkeit des Geschäftslebens ergibt. Sie besteht daher auch dann, wenn das Rechtsverhältnis, bezüglich dessen die Pflicht besteht, nichtig sein sollte, so beispielsweise im Fall des § 789, wenn etwa die Anweisung nichtig oder unwirksam wäre; die Geschäftsfähigkeit des Pflichtigen vorausgesetzt.

Die Folge der Verletzung dieser Pflicht ist die gewöhnliche; ist sie schuldhaft, dann tritt Schadenersatzpflicht ein, z. B. im Fall des § 374, wo es ausdrücklich ausgesprochen ist, im Fall des § 650 u. a.[2])

Im Gegensatz dazu stehen solche Anzeigen, welche nur Bedingnisse für die Erhaltung eines Rechts sind, so daß bei ihrem Unterbleiben bloß dieses Recht notleidet. So §§ 149, 478, 485, 703[3]), 804, 973, 974.

In manchen Fällen gilt beides, so im Fall des § 374, wo die Nichtanzeige eine Schadensersatzpflicht herbeiführt und zu gleicher Zeit bewirkt, daß die 30jährige Frist nicht abläuft, § 382.

Außerdem besteht der Unterschied, daß, während regelmäßig die Anzeige als ankunftsbedürftige Willenserklärung erst mit dem Eintreffen wirkt, in gewissen Fällen schon die Absendung der Anzeige entscheidet, so §§ 121, 478, 485.

V. Dem sozialen Verkehr entsprechen ferner die Sicherungs- und Beihilfeansprüche, von denen bereits oben (I, S. 182f.)

---

[1]) Vgl. Arthur Kohler, Arch. f. b. R. XXV S. 164f., 169f. Im Handelsrecht kommt die Aufbewahrungspflicht hinzu, §§ 362, 379 H.G.B.

[2]) O.L.G. Köln, 16. März 1904, Z. franz. Ziv.-R. XXXV, S. 459.

[3]) Vgl. O.L.G. Stettin, 6. März 1903, Mugdan VI, S. 442.

die Rede war; hier ist vor allem die Quittungspflicht hervorzuheben.

Die Quittung hat im Leben der Völker eine doppelte Bedeutung angenommen. Sie kann

1. bloß als Beweis gedacht sein, sie kann aber

2. auch den Charakter einer Anerkennungserklärung dahin enthalten, daß der Gläubiger vollständig befriedigt und die Forderung erloschen sei. Diese letztere Bedeutung hat die Quittung Jahrhunderte lang besessen, mit Rücksicht darauf, daß in sehr vielen Fällen die Erfüllung an sich noch keine völlig tilgende Kraft hatte, sondern nur den Gläubiger zu einer Quittung und damit zu einer Zerstörung der Forderung verpflichtete. Diese Bedenken haben wir nicht mehr. Abgesehen von Fällen besonderer Art gilt der Satz, daß die Forderung durch Erfüllung zerstört wird; daher bedarf es einer besonderen forderungzerstörenden Tätigkeit des Gläubigers nicht mehr, und auch eine Anerkennung in dem Sinn, daß die Erfüllung richtig und vollständig ist, kann nicht mehr beansprucht werden, als eine solche Anerkennung im sonstigen Lebensverkehr. Die Quittung, die der Schuldner verlangen kann, ist eine Beweisquittung (Empfangsbekenntnis), § 368 B.G.B.

Die Quittung kann verlangt werden unter Vorschuß der Kosten, § 369;[1]) sie kann regelmäßig verlangt werden, soweit es dem Gebrauch des Lebens entspricht. Allerdings gibt es eine Menge von Leistungen, bei denen man sich keine Quittung zu geben pflegt und wo daher das Verlangen der Quittung gesellschaftswidrig und schikanös erschiene, wenn nicht ganz besondere Umstände dafür sprechen. Beispielsweise ist es nicht Übung, daß der Barbier oder der Kutscher sich für seine Tätigkeit eine Quittung geben läßt, und es könnte darum in solchem Falle von einem berechtigten Quittungsbegehren nur dann die Rede sein, wenn die Verhältnisse besonders liegen, z. B. wenn dem Schuldner für eine ganz bestimmte Tätigkeit in seinem Beruf etwas Außerordentliches zugesagt wäre, etwa für den Fall, daß er gerade an einem bestimmten Tage seine gewerbliche Arbeit vollzogen habe.

[1]) Der Schuldner liefert Papier und Tinte. Über Form der Quittung und über den Fall einer Mehrheit von Quittungen vgl. §§ 368, 369.

Daß der Quittierende nicht wiederum eine Quittung verlangen kann dafür, daß er seiner Quittungspflicht nachgekommen sei, ergibt sich schon daraus, daß der Anspruch auf Quittung bloß ein Anspruch ist und ihm kein Schuldverhältnis zu Grunde liegt.

Über die eigene Art der Quittung im Dienstverhältnis wird im besonderen Teil die Rede sein.

VI. Bedeutsam ist endlich, daß einzelne Schuldverhältnisse, wie das Verhältnis der Verwahrung, der Geschäftsbesorgung auch durch Staatstätigkeit begründet werden können.

III. Kennzeichnung des Schuldrechts nach seinen Milderungen.

§ 8.

I. Die Lage des Schuldners ist nach verschiedener Richtung hin durch das moderne Recht verbessert worden; insbesondere gilt folgendes:

1. der Schuldner ist gesichert durch eine im ganzen sachgemäße Entwicklung der Rechtseinrichtung des Gläubigerverzugs (unten S. 196 f.);

2. er ist gesichert durch den Quittungsanspruch (S. 26);

3. er ist gegen gewisse beschwerende Ausläufer des Gläubigerrechts gesichert durch die Verwerfung des Schikanehandelns und durch den entsprechenden Grundsatz, daß ein sachlicher Schadensersatz dann nicht verlangt werden kann, wenn er nur mit außergewöhnlichen Aufwendungen möglich wäre: auch in dieser Beziehung soll ein gewisses Maß gehalten werden, so §§ 251, 633 B.G.B.;

4. durch die §§ 138, 826 ist der Rechtsprechung die Möglichkeit gegeben, gegen eine Anwendung des Schuldrechts, welche den berechtigten Erwartungen des Verkehrs widerspricht und im Interessenkampfe mit unrichtigen Mitteln eingreift, anzukämpfen. In diesen letzteren Beschränkungen liegt die wichtigste Neuerung unseres Schuldrechts, und es wird wesentlich von der Rechtsprechung abhängen, ob sie mit richtigem Takte der Übergewalt der einzelnen Person entgegen-

tritt, ohne daß sie die Kraft des Rechtslebens lähmt und den Interessenkampf in seinem fruchtbaren und gedeihlichen Walten jählings unterbindet.

II. Die Lage des Beteiligten wird durch den Grundsatz verbessert: eine verspätet angekommene Erklärung wird, wenn die Verspätung durch Umstände in der Person des Empfängers herbeigeführt wird, auf den Zeitpunkt zurückverlegt, an dem sie sonst angekommen wäre; dies gilt insbesondere von der Nachsendung von Postsachen. Vgl. I S. 502 f.

II. Abschnitt.

Entwicklung des Schuldrechts. Haftung.

§ 9.

I. Das Schuldverhältnis verpflichtet den Schuldner, dafür einzutreten, daß sich der Verpflichtungsinhalt verwirklicht; woraus von selbst hervorgeht, daß von seiner Seite nicht nur guter Vorsatz, sondern auch Sorgfalt bewiesen werden muß (§ 276), und zwar solche Sorgfalt, wie man sie in geschäftlichen Dingen mit Rücksicht auf die normale Abwicklung der Verhältnisse verlangt. Dies ist nicht eine zur Hauptpflicht hinzutretende zweite Pflicht, sondern ein notwendiger Bestandteil der Hauptpflicht: wer mit seinem Pflichtwesen für ein Ergebnis eintreten soll, tritt auch ein für sein Tun in bezug auf dieses Ergebnis: wer ein Ergebnis herbeiführen soll, der soll es nicht vereiteln, und vereitelte er es, indem er durch sein Verhalten Unmöglichkeit oder Unvermögen herbeiführt, so hat er Schadensersatz zu leisten, Schadensersatz im Sinne einer an Stelle der unmöglich gewordenen Erfüllung zu entrichtenden Geldentschädigung, in welche der Anspruch sofort und ohne weiteres übergeht.[1]) Hierbei kann der Gläubiger die wirkliche Teilunmöglichkeit als Vollunmöglichkeit behandeln, wenn die Leistung insofern unteilbar ist, als eine Teilunmöglichkeit wirtschaftlich eine Vollunmöglichkeit darstellt (S. 44).

Daraus ergibt sich von selbst, daß in solchem Fall der Gegner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (I, S. 139) nur in der Art geltend machen kann, daß er, statt der Leistung, Entschädigung begehrt; denn mit der Einrede kann nur

---

[1]) In dieser Beziehung hat man viel gefehlt. Vgl. über die Frage O.L.G. Hamburg 26. Febr. 1904, Mugdan VIII S. 433. Verkehrt R.G. 18. Febr. 1903, Jur.Woch. Beil. XXXII No. 127, L.G.O. Breslau 20. März 1903, Seuffert 59 Nr. 77.

geltend gemacht werden, was vertragsmäßig geschuldet ist: vertragsmäßig ist aber von nun an nur der Schadensersatz geschuldet.[1]) Ob ein Rücktritt möglich ist, ist eine davon verschiedene Frage.

II. Der Widerspruch gegen die guten Treuen ist Vorsatz, der Widerspruch gegen die Sorgfaltspflicht ist Fahrlässigkeit.

III. Vorsatz ist die Absicht zu handeln, unter dem Bewußtsein, daß der schädigende Erfolg sicher oder mit einer der Sicherheit nahestehenden Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Vom Vorsatz unterscheidet sich die Absicht, d. h. der auf den Erfolg gerichtete Wille; dieser kommt nach dem B.G.B. nur in Ausnahmsfällen in Betracht, nämlich

1. in einigen Fällen des Unrechtsverkehrs, von denen unten zu handeln ist;

2. außerdem verlangt das B.G.B. in einigen Fällen zur Haftung ausdrücklich eine Schädigungsabsicht, so bei der ehelichen Gütergemeinschaft, §§ 1456, 1468 Z. 2, so bei demjenigen Vorerben, dessen Pflicht auf die Restrückgabe beschränkt ist, § 2138, so auch bei dem Erblasser, der einen Erbvertrag eingegangen hat und nun Geschäfte unter Lebenden abschließt, §§ 2287, 2288, so endlich bei dem Erben bezüglich der Inventarerrichtung, § 2005;

3. nur scheinbar dagegen kommt die Absicht beim Schikanehandeln in Betracht. Allerdings ist dies ein Handeln, welches nur das Ziel der Beschädigung haben kann; dagegen braucht sich der Vorsatz des Handelnden im einzelnen Fall nicht zur Absicht zu steigern, sondern es genügt das Bewußtsein, daß ein anderes vernünftiges Ziel ausgeschlossen ist. Von solchen Schikanehandeln ist auch die Rede in den Fällen der Böswilligkeit, §§ 324, 615, 649.

In einigen Fällen kommt 4. noch etwas weiteres in Betracht:

a) im Fall des § 839 liegt eine Haftung nur vor, wenn der Richter eine strafbare Handlung begangen hat. Eine andere Besonderheit gilt im Falle des §§ 135, 136 Unf.Vers.Ges. und den entsprechenden Bestimmungen der übrigen Unf.Vers.Ges.: in diesen Fällen muß sogar die strafbare Handlung durch Strafurteil festgestellt sein. Vgl. oben S. 18.

---

[1]) In dieser Beziehung hat man schon ganz unsäglich geirrt. Man vgl. über diese Frage R.G. 27. Mai 1904, J.W. XXXIII S. 468.

b) Bei der Pflichtteilsentziehung § 2333 Z. 4 ist von Böswilligkeit die Rede: dies will bedeuten, daß zu dem Vorsatz noch eine schwere ethische Verfehlung hinzutreten muß, so daß der Vorsatz in seiner sittlichen Tragweite nicht durch entschuldigende Gründe gemildert wird.

IV. Bezüglich der Fahrlässigkeit bestehen bedeutende Unterschiede zwischen Zivil- und Strafrecht. Das Strafrecht verlangt eine Erfolgsfahrlässigkeit: es berücksichtigt die fahrlässige Handlung nur insofern, als der fahrlässige Geisteszustand sich auf den Erfolg erstreckt, in der Art, daß dieser Erfolg hätte vorausgesehen werden sollen und nicht vorausgesehen wurde. Es genügt daher nicht, daß der Täter die Unzulässigkeit des Handelns kannte oder hätte kennen müssen. Ganz anders im Zivilrecht. Hier genügt die Verbotsfahrlässigkeit. Das Zivilrecht verlangt nur das Bewußtsein der Unzulässigkeit des Tuns oder einen Geisteszustand, in dem diese Unzulässigkeit hätte bekannt sein sollen. Ist dies der Fall, dann haftet jemand für Erfolge, die er weder gekannt hat noch irgendwie hätte kennen sollen; vgl. § 839.

Im übrigen spricht das Gesetz von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, § 276. Der Gedanke ist: jeder Geschäftsverkehr verlangt eine gewisse Anspannung der Kräfte und namentlich eine gewisse Aufmerksamkeit auf die vielen Gefahren und Ereignisse, die der richtigen Erfüllung entgegentreten können und nur durch die geistige Kraft des Menschen überwunden werden. Wer aber in den Verkehr eintritt, muß diese Anspannung der Kräfte leisten. Dadurch unterscheidet sich das Verkehrsleben von dem sonstigen Leben des Menschen in Haus und Hof. Zwar verlangt auch das sonstige Leben eine gewisse Anspannung der Kräfte mit Rücksicht auf die Gefahren, welche jede menschliche Tätigkeit mit sich führen kann; jedoch ist dies eine Anspannung nur negativer Art, um nicht Gefahren zu bereiten, während die Verkehrssorgfalt eine Anspannung positiver Art ist, um einen bestimmten Erfolg zu erreichen.

Sorgfalt ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276); Verkehr ist aber nicht der Verkehr im allgemeinen, denn eine allgemeine Regel in diesem Sinne gibt es nicht: in den verschiedenen Lagen des Verkehrs wird eine verschiedene Sorgfalt

verlangt; sondern es ist Sorgfalt nach der Verkehrslage des Einzelfalles: es entscheidet die Frage, inwieweit überhaupt ein Mensch unter so beschaffenen Umständen die Notwendigkeit gewisser Maßnahmen erkennen sollte; hierbei ist insbesondere, wenn mehrere zusammentreffende Gefahren drohen, die oft schwierige Entscheidungslage zu berücksichtigen, in die der Handelnde gestellt ist.[1]) Sorgfalt ist aber auch ferner die im Verkehr von Persönlichkeiten dieser Art zu beanspruchende Sorgfalt; daher kommt im Vertragsverkehr besonders in Betracht, was der eine Vertragsgenosse vom anderen unter bestimmten Verhältnissen erwarten und verlangen konnte.

V. Im Fall des Vorsatzes oder im Fall der Fahrlässigkeit hat der Schuldner die Folgen zu vertreten, sofern er im Zustand völliger Vernünftigkeit war; er hat sie nicht zu vertreten, wenn er in einem Zustande war, in welchem die sittliche Selbstbestimmung fehlte, welcher Zustand vor dem 7. Jahre stets, zwischen 7 und 18 Jahren nach Umständen angenommen wird, und welcher Zustand auch später noch infolge besonderer „intellektueller oder voluntarer“ Zustände vorhanden sein kann — man denke an Hypnose und Zwangshandlungen. Aber auch im Falle völligen Mangels sittlicher Selbstbestimmung kann nach Billigkeit eine Haftung eintreten mit Rücksicht auf die beiderseitigen Vermögensverhältnisse und darauf, daß der Verletzende den Schaden leicht, der Verletzte schwer trüge; so namentlich dann, wenn der schlimme Geisteszustand erst im Laufe eines Rechtsverhältnisses eingetreten ist oder zwar früher vorhanden war, aber ganz unbekannt blieb:[2]) dies kommt beispielsweise in Betracht, wenn jemand im Hotel plötzlich geisteskrank wird und die ihm anvertrauten Räume beschädigt; doch ist dies nachgiebigen Rechts (z. B. ausgeschlossen bei Sanatorien u. a.).

---

[1]) Vgl. R.G. 7. April 1904 Jur.W. XXXIII S. 287.

[2]) In § 276 ist allerdings nur § 827, 828, nicht 829 erwähnt: allein die Berücksichtigung dieser Bestimmung bei Verträgen ergibt sich „a fortiori“. Bei unerlaubten Handlungen haftet der Unzurechnungsfähige weniger, weil dort die Haftung der Aufsichtsperson im Wege steht; in Vertragserfüllungsverhältnissen ist solches in minderem Maße der Fall, weil hier der unzurechnungsfähige Schuldner für seinen gesetzlichen Vertreter haftet, § 278.

VI. Was oben von Verkehrssorgfalt gesagt wurde, gilt nur für den Verkehr in seinem gesteigerten Sinn, nämlich für den Tauschverkehr. Es gilt nicht für die Schenkung (Gabe) und die sonstige freigebige Tätigkeit, und es gilt nicht für das Gesellschaftswesen.

Für die Freigebigkeitsverhältnisse ist die Haftung vermindert; denn wer Wohltaten erweist, soll auch im Verkehr nicht mit Strenge gemessen werden: das wäre dem Geist des Rechts zuwider. Der Schenker haftet daher nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Grobe Fahrlässigkeit ist aber eine solche, die jeder Verkehrsvernunft widerspricht. Auf diese Weise haftet der Schenker, § 521, 523; ebenso der (unentgeltliche) Verleiher, § 599. Das Gleiche gilt, wenigstens in Fällen dringender Gefahr bei der Menschenhilfe (§ 680). Man sollte erwarten, daß auch ein unentgeltlich handelnder Beauftragter nur auf diese Weise haftet. Dies ist auch der Fall, wenn sich der Auftrag zum (sonstigen) unentgeltlichen Dienstverhältnis gestaltet; wo aber der Auftrag zur Geschäftsbesorgung führt, gilt der Grundsatz: bei Geschäftsbesorgungen, d. h. bei Besorgungen von Angelegenheiten des Rechts, soll stets volle Sorgfalt beobachtet werden. Und dies ist auf die Menschenhilfe erstreckt (mit Ausnahme des Falles dringender Gefahr § 680). Abgesehen hiervon wird im Fall des Gläubigerverzugs die Haftung des Schuldners auf Haftung für grobe Fahrlässigkeit herabgemildert, § 300.

In Gesellschaftsverhältnissen aber tritt ein anderer Gesichtspunkt ein[1]; es ist der Gedanke: wer mit jemandem in Gemeinschaft tritt, soll ihn nehmen, wie er ist, und von ihm in Gemeinschaftsverhältnissen keine größere Anspannung verlangen als in seinen eigenen; die Gemeinschaft bringt zwar die Eigentätigkeit der mehreren Personen in eine juristische Verbindung: sie bleibt aber Eigentätigkeit, Ausfluß ihrer Persönlichkeiten und soll es bleiben, sie soll eine Eigentätigkeit sein, die dem Eigenwesen eines jeden Genossen entspricht. Daher der Grundsatz des § 708, wonach unter Gesellschaftern ein jeder nur für die Sorgfalt zu haften hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, Eigensorgfalt, *diligentia quam*

[1]) Enzyklop. I S. 648.

suis rebus, oder, wie man zu sagen pflegt: er haftet nur für *culpa in concreto*. Indes nimmt diese Haftung doch auch ein objektives Element auf, in der Art, daß eine grobe Fahrlässigkeit, Verkehrsunvernunft, jedenfalls auch hier zu vertreten ist, so § 277 B.G.B.; denn wer den andern in seiner Art nimmt, der nimmt ihn doch nur, soweit er sich in den Schranken der Vernunft bewegt, § 277. Derselbe Gesichtspunkt tritt ein für die Verhältnisse unter Ehegatten, die, mag das Gütersystem sein wie es will, in jedem Fall einen genossenschaftlichen Charakter haben, § 1359,[1]) ebenso für das Verhältnis zwischen Eltern und Kind, § 1664, und ebenso auch für das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben; denn auch dieses stellt eine, wenn auch zeitlich auseinander gelegte Genossenschaft dar, § 2131. Hierher gehört auch noch der Fall des unentgeltlichen Verwahrers, § 690; denn auch er ist ein Genosse, ein Genosse, der dem andern in Not und Gefahren beisteht und die Verwahrsache in seinen Vermögenskreis aufnimmt.[2])

VII. In gewissen Fällen ist dagegen die Haftung gesteigert: in gewissen Fällen haftet der Schuldner für den Zufall.

Kein Haften für Zufall liegt allerdings dann vor, wenn jemand sich verpflichtet, einen ständigen Zustand aufrechtzuerhalten. Treten dann Umstände ein, welche diesen Zustand schädigen oder stören, so folgt daraus allerdings die Verpflichtung, diese Umstände möglichst aufzuheben: auf solche Weise wird die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung eines Zustandes dahin führen, daß eine durch Schicksal herbeigeführte Schmälerung des Fortbestandes entfernt und ein mittelbarer Fortbestand geschaffen werden muß. So ist insbesondere der Vermieter verpflichtet, die nachträglich eintretenden Schäden der Sache in der Art zu verbessern, daß dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch fernerhin zukommt.

Der Unterschied von der Zufallshaftung zeigt sich jedoch darin: die Verpflichtung hört mit dem Augenblick auf, wo soviel

---

[1]) Über die eheliche Gütergemeinschaft vgl. aber oben S. 30.

[2]) Dies trifft nicht zu, wenn die unentgeltliche Verwahrung geschäftsmäßig geschieht, wie bei Banken und bei anderen Geschäftshäusern, die dadurch ihre Kunden anziehen; eine derartige Verwahrung ist keine Verwahrung im Sinne des § 690. Die Entgeltlichkeit ist eine mittelbare, aber dies genügt, um den § 690 auszuschließen.

von der Sache untergeht oder so schwere Beschädigungen eintreten, daß es sich nicht um eine Verbesserung, sondern um eine Neuherstellung handelt. Die Verbesserung ist eine mittelbare Herbeiführung des vertragsmäßigen Zustandes, die Neuherstellung dagegen wäre die Herbeiführung eines ganz neuen ähnlichen Zustandes, und dazu besteht keine Verpflichtung.

Dagegen kann sich eine Zufallshaftung daraus ergeben, daß jemand eine Sachgesamtheit mit einer Schätzung übernimmt, in der Art, daß er sie in diesem Schätzungszustand wieder zurückerstatten werde. Damit ist nicht gesagt, daß er Eigentümer werden soll und Sachen gleicher Art zurückzugeben habe (S. 9); sondern damit ist gesagt, daß er die Sache als fremde Sache besitzt, daß er aber für den zufälligen Untergang insoweit einzustehen hat, als der Schätzungswert beträgt. Derartige Verträge kommen insbesondere vor, wenn dem Pächter ein landwirtschaftliches oder gewerbliches Inventar zu einem Schätzungswert überantwortet wird: er soll dann zur Veräußerung einzelner Stücke befugt sein, auf der anderen Seite soll er für den zufälligen Untergang einstehen, § 587f. Vgl. S. 112.

Weitere Zufallshaftungen ergeben sich aus dem Gefahrs- und Unrechtverkehr und sind dort zur Darstellung zu bringen.

§ 10.

I. Zu der eigenen Haftung kommt die Haftung für Organe und Ersatzpersonen nach Maßgabe des obigen (S. 18), § 278, 664, 691;[1]) der Grad solcher Haftung bestimmt sich nach den Verhältnissen des haftenden Schuldners; dies insbesondere auch, wenn nur für die Eigensorgfalt gehaftet wird: hier ist die gewöhnliche Sorgfalt des Schuldners maßgebend; dies gilt für Organe wie für Ersatzpersonen, mit Ausnahme des Falles des gesetzlichen Vertreters, für den naturgemäß seine eigene Gewöhnung und Tätigkeit maßgebend ist; denn er ist zugleich Behüter und Beschirmer des Schuldners, hat daher das Schuldverhältnis mit seiner eigenen Persönlichkeit zu decken.

---

[1]) Als solches Organ ist der Gepäckträger der Eisenbahn zu betrachten, der für die Beförderung, aber auch für kürzere Aufbewahrung des Gepäcks im Bereich des Bahnhofs als Organ der Bahn gilt, § 37 Verkehrs-O. Viel zu eng O.L.G. Kiel, 7. Mai 1903 Mugdan VII, S. 154.

II. Die Haftung für Organe und Ersatzpersonen ist eine Haftung im Bereich der Erfüllungstätigkeit, also was die Leistungsbewirkung und das mit ihr unmittelbar Zusammenhängende betrifft; sie ist nicht eine Haftung gegenüber der Mitwelt, die dem Schuldverhältnis teilnahmlos gegenüber steht, und für welche die Erfüllungstätigkeit nicht eine Leistungstätigkeit, sondern ein neutrales, keinen Leistungscharakter enthaltendes Tun darstellt.

Handelt es sich daher nicht um eine Erfüllungspflicht, so ist von einer solchen Organschaft keine Rede, daher auch keine Haftung nach Maßgabe des § 278; daher besteht zwar eine Haftung für den Dienstboten, der in einem Hause des Vermieters oder in einem Hause, das seinem Herrn leihweise überlassen wurde, ein Unheil verübt,[1]) und eine Haftung des Vermieters für seinen Arbeiter, der in der Mietswohnung den Mieter beschädigt,[2]) aber nicht eine Haftung für den Dienstboten, der bei seinen Bestellungen auf dem Rad jemanden überfährt;[3]) es besteht eine Haftung für den Dienstboten, der das Badewasser laufen läßt, falls dadurch Sachen des Vermieters, nicht aber falls dadurch Sachen eines dritten beschädigt werden, und ebenso nicht eine Haftung für einen Gesellen, der, indem er die Lampe ausbessert, etwas zum Fenster hinausfallen läßt und einen Vorübergehenden verletzt; daher überhaupt nicht eine Haftung gegenüber dem Publikum, mit dem man nicht in Vertragsverhältnis steht — außer natürlich nach § 831 B.G.B.[4]) Daher haftet auch,

---

[1]) O.L.G. Kolmar 13. Mai 1904 Mugdan IX S. 804.

[2]) R.G. 26. Januar 1904 J.W. XXXIII S. 141.

[3]) Vgl. O.L.G. Stettin 22. April 1904 Mugdan IX S. 287. Vgl. auch O.L.G. Dresden 29. April 1902 Mugdan V S. 374.

[4]) Daß die Sache hier recht spitzfindig und unpraktisch werden kann, ist klar. Darum unterscheiden andere Gesetzgebungen nicht in dieser Weise. Nach englischem Recht haftet man für seinen *servant*, soweit er im *scope of his employment* fahrlässig gehandelt hat, oder soweit er vorsätzlich in seines Herrn Interesse handelte, während man regelrecht nicht für seinen *agent* oder *independent contractor* haftet. Vgl. Clerk and Lindsell, Law of torts p. 58, 62ff., 82ff. Dies führt zu befriedigenderen Ergebnissen. Warum haben die Redaktoren das englische Recht nicht besser berücksichtigt? So ist auch die Haftung der Eisenbahnen gegenüber dem Publikum eine verschiedene vor und nach Lösung der Fahrkarte, vorher nach § 831, nachher nach § 278! Vgl. R.G. 5. Okt. 1903 Jur. Z. IX S. 69.

der Verkäufer eines Grundstücks nicht für seinen Mieter gegenüber dem Grundstückserwerber, denn der Mieter ist kein Organ des Vermieters, namentlich nicht in seiner Verpflichtung gegenüber dem Käufer.

Nur ausnahmsweise wird die Organschaft und damit die Haftpflicht erstreckt; so einmal bei der juristischen Person nach Maßgabe des § 31; sodann in mehreren Fällen, wo der Geschäftsherr ohne weiteres für seine Leute haftbar gemacht wird, so in § 702 B.G.B. und in § 431 H.G.B., § 9 Eisenbahn-Verk.-O.; namentlich auch im Seerecht § 485 H.G.B., Binnenschiff.-Ges. § 3. Vgl. auch unten S. 320.

§ 11.

I. Die rechtsgeschäftliche Haftung ist eine Haftung für Erfüllung und dafür, daß der Erfüllungserfolg nicht durch ein geschäftswidriges Handeln beeinträchtigt wird. Daher ist der Schuldner nicht nur für eine Nichtleistung haftbar, sondern auch für die mangelhafte Leistung, so insbesondere, wenn bei Gattungssachen eine mangelhafte Einzelsache geleistet oder wenn beispielsweise beim Dienstvertrag mangelhafte Arbeit und bei der Geschäftsbesorgung durch Auskunft eine schlechte, ungenügende oder gar falsche Auskunft erteilt wurde. Daher ist der Schuldner auch dann haftbar, wenn zur vollständigen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten ein unbedingtes Vertrauen gehört und er im Widerspruch damit Erhebliches verschwiegen hat; dies kommt insbesondere bei Aufträgen und im Gesellschaftsverhältnis in Betracht.[1])

II. In diese Haftung fällt aber auch ein Tun hinein, das den Erfüllungserfolg dadurch zu einem mangelhaften macht, daß Vermögenswerte, die mit der Erfüllungsleistung in Verbindung standen, durch die mangelhafte Art des Vollzugs unmittelbar mit beeinträchtigt werden. So liegt beispielsweise eine mangelhafte Erfüllung auch dann vor, wenn ein Handwerker eine Lampe aufzuhängen hat und dabei mit der Leiter Gegenstände zerschlägt oder die Lampe herunterfallen läßt und dabei eine Vase zertrümmert, oder wenn der „Artist eines Varietétheaters“ bei seinen Produktionen jemanden von den

---

[1]) Vgl. O.L.G. Kolmar 18. März 1904 Mugdan IX S. 275.

Zuschauern verletzt.[1]) Dies ist von großer Wichtigkeit, und zwar aus zwei Gründen:

1. wenn die Haftung mit Rücksicht auf die Art des Vertragsverhältnisses eine geminderte ist, so erstreckt sich die Minderung auch auf diese überschießenden Folgen;

2. sofern man sich bei der Erfüllungstätigkeit eines Organs bedient und für solches haftet, wird auch diese Haftung auf die überschießenden Folgen übertragen.

Vorausgesetzt ist natürlich, daß diese überschießenden Folgen in demselben Vermögenskreise liegen. Es würde also nicht hierher gehören, wenn etwa bei Aufmachung der Lampe für den A ein Gegenstand des B beschädigt würde. Es würde nicht hierher gehören, wenn etwa durch mangelhafte Einrichtung der Mietwohnung ein dritter verletzt würde; wird aber der Mieter hierdurch getötet, so ist der Schaden in dem Bereiche des Vertrags eingetreten, und das Recht der Hinterbliebenen nach § 844 f. ist gegeben; denn das Recht der Hinterbliebenen ist aus dem Rechte des Getöteten abgeleitet, wie noch unten (S. 124) darzulegen ist.[2])

III. Was nicht in dieses Gebiet fällt, gehört nicht zur rechtsgeschäftlichen Haftung, und wer für eine anderwärtige Einwirkung einsteht, der steht nicht deswegen ein, weil er vertragsmäßig verpflichtet ist, sondern deswegen, weil in einem solchen Tun, ganz abgesehen von dem Schuldverhältnis, eine unerlaubte Handlung zu erblicken ist. Man denke sich: die Leistung eines kranken Tieres bewirkt die Erkrankung des ganzen Stalles, die Leistung eines schlechten Fasses bewirkt das Auslaufen des Weins, eine schlechte Rechnungsführung bewirkt, daß unrichtige Gewinne verteilt werden und die Gesellschaft schweren Schaden erleidet: hier und in anderen Fällen, so wenn jemand einem anderen Gift oder ein stößiges Tier gibt und der Erwerber hierdurch verletzt wird, ist die Schädigung nicht eine Folge dessen, daß der Vertrag unrichtig erfüllt, sondern die Folge dessen, daß der Empfänger in eine gefährliche Lage zur Sache gesetzt worden ist. Dasselbe würde auch dann eintreten, wenn ohne Rechtsgeschäft eine örtliche oder

---

[1]) Vgl. den Fall O.L.G. Dresden 10. Dez. 1903 Mugdan VIII S. 431.
[2]) Unrichtig O.L.G. Hamburg 14. Juni 1902 Mugdan V S. 371.

sachliche Beziehung geschaffen worden wäre, welche solchen Schaden anrichtete. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob das Geschäft giltig oder nichtig ist, es kommt nicht darauf an, ob hierbei der Vertragsgenosse verletzt wird oder ein dritter.

IV. Dazu tritt noch folgendes:

Geschieht ein vorsätzliches Zuwiderhandeln des Schuldners zur Schädigung des Gläubigers, so ist es stets zugleich eine unerlaubte Handlung; was für die verschiedensten Beziehungen wichtig ist, z. B. wegen des Gerichtsstandes, wegen des Ausschlusses der Zurückbehaltung und Aufrechnung, §§ 273, 393, wegen der Haftung der Gehilfen und Anstifter u. a.

§ 12.

I. Nicht ausgeschlossen ist, daß eine Haftung für größere Sorgfalt, ja selbst für den Zufall vereinbart wird. Umgekehrt kann auch die Haftung vertragsmäßig verringert werden, jedoch nicht in der Art, daß künftiges vorsätzliches Handeln irgendwie entschuldigt würde; während allerdings eine Vereinbarung dahin, daß selbst für grobe Fahrlässigkeit nicht eingestanden wird, zulässig wäre; kennt ja doch das Gesetz selbst Fälle, wo die Haftung auf Arglist beschränkt ist.[1]) Die Haftung für Organe und Ersatzmänner aber kann völlig wegbedungen werden, soweit nicht eine Arglist des Schuldners selbst mit ins Spiel kommt, §§ 276, 278.

II. Aber auch, wo die Haftung auf unerlaubter Handlung beruht, kann sie in beschränktem Maße hinwegbedungen werden, natürlich abgesehen von der Arglist; sie kann hinwegbedungen werden, soweit lediglich die Vermögensinteressen des Vertragsgenossen in Betracht kommen: mit diesem kann man vereinbaren, daß man im Verkehr nicht für fahrlässige unerlaubte Handlung einsteht; es müßte denn sein, daß zugleich Leibes- oder Lebensinteressen gefährdet werden, oder daß es sich um die gemeine Gefahr handelt, z. B. wenn feuer- oder seuchengefährliche Dinge ordnungswidrig übertragen werden.

III. Insoweit diese Haftung vertragsmäßig beschränkt werden kann, ist sie in zwei Fällen gesetzlich beschränkt, nämlich bezüglich des Schenkers und des Verleihers, welche

[1]) Vgl. §§ 443, 540, 637 B.G.B., 402, 405 H.G.B.

in dieser Hinsicht nur für arglistiges Verschweigen einstehen, §§ 524, 600; was natürlich nicht gilt, wenn etwa ein Vergehen gegen das Nahrungsmittel oder Sprengstoffgesetz oder auch nur eine Gefährdung der Gesundheit des Beschenkten vorliegt; es gilt bei Schenkung und Leihe, nicht kraft Vertrags, sondern kraft Gesetzes; es gilt nicht als Erleichterung der aus Leihe und Schenkung hervorgehenden Vertragsfolgen, sondern als gesetzliche Guttat für die bewiesene altruistische Gesinnung; es gilt daher auch, wenn die Schenkung wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig oder wegen Geschäftsbeschränkung unwirksam oder aus irgend einem Grunde anfechtbar ist; dagegen nicht, wenn die Schenkung unsittlich ist und darum das Geschäft von der Rechtsordnung verworfen wird: denn dann wird auch der Schenkungscharakter rechtlich nicht mehr berücksichtigt. Vgl. Anhang.

§ 13.

Auch im Falle der Verpflichtung zu einem Nichthandeln gelten die gewöhnlichen Grundsätze. Die Erfüllung wird, soweit ein vertragswidriges Handeln stattfindet, regelmäßig unmöglich, da die Lage des Nichthandelns nicht mehr zurückgeführt werden kann. Doch ist eine nachträgliche Zurückführung dieser Lage solche dann ausnahmsweise möglich, wenn ein rechtliches Zuwiderhandeln in Frage steht: denn in diesem Falle liegt das Wesen der Zuwiderhandlung nicht in dem Zuwiderhandeln selbst, sondern in der durch Zuwiderhandlung erzeugten Rechtsfolge, welche vielfach in vollem Umfange aufgehoben werden kann: indem die Rechtsordnung auf ihrem Gebiete unbeschränkt Herrin ist, ist sie für das Sein oder Nichtsein der Rechtsfolgen unbedingt entscheidend. In andern Fällen wird die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich, gänzlich oder teilweise; gänzlich dann, wenn eine einmalige Zuwiderhandlung einer ständigen Zuwiderhandlung gleich steht. Für diese völlige oder teilweise Unmöglichkeit muß der Zuwiderhandelnde dann einstehen, wenn er im Verschulden ist, nicht aber ohne Verschulden und namentlich nicht dann, wenn er in der Notlage gehandelt hat. Vgl. unten S. 88, 254.

III. Abschnitt.

Leistungslehre.

I. Allgemeine Rechtssätze.

§ 14.

I. Der Inhalt des Schuldverhältnisses kann eine Leistung sein, d. h. eine durch den Menschen veranlaßte Änderung in der Natur oder im Recht, welche als Arbeit oder als Erzeugung eines tatsächlichen oder rechtlichen Ergebnisses bedeutsam ist (vgl. oben S. 5f.). Das Schuldverhältnis kann aber auch auf ein Unterlassen gehen. Auch hier handelt es sich um Erfolge oder Ergebnisse, aber in anderer Art: es soll ein Naturgeschehen, eine natürliche Entwicklung, gesichert werden gegen menschliche Eingriffe. Beides ist prinzipiell verschieden. Das eine Mal ist uns die Tätigkeit des Menschen schätzenswert, das andere Mal schätzen wir das Naturgeschehen in einer solchen Weise, daß es uns durch den Menschen nicht verdorben werden soll. Allerdings kann das Unterlassen auch ein Unterlassen sein gegenüber einem menschlichen Geschehen; allein in diesem Falle ist das menschliche Geschehen wie ein Naturgeschehen zu betrachten: denn es steht demjenigen, der es hemmen und beeinflussen könnte, als etwas Drittes, Unpersönliches gegenüber. Bemerkenswert ist aber hierbei folgendes: die Pflicht des Schuldners kann möglicherweise dahin gehen, ein pflichtwidrig Geschaffenes hinwegzuräumen; entsteht diese Wegnahmepflicht aus anderem Grunde, z. B. aus Vertrag, dann ist sie eine Leistungspflicht; geht sie aber als Folgerung aus der Unterlassungspflicht hervor, dann ist sie ein Teil der Unterlassungspflicht und nach den Gesetzen dieser zu behandeln (gemischte Unterlassung).

II. Die prinzipielle Verschiedenheit von Leistung und Unterlassung durchzieht das ganze Schuldsystem. Erscheinungen, welche voraussetzen, daß die Erfüllung Leistung ist, wie Schuldnerverzug (vgl. daher § 339), kommen nur bei der Leistung vor; bei der Unterlassung gibt es keine Mahnung, sondern eine Abmahnung, §§ 550, 553, 1053, 1054, 1217; Annahme und Nichtannahme, vorbehaltliche und vorbehaltlose Annahme sind bei der Unterlassung undenkbar; mehrere Verpflichtungen zur Unterlassung werden durch eine Unterlassung befriedigt; eine Fristsetzung zur Unterlassung in dem Sinn, daß bei fruchtlosem Ablauf der Frist Rücktritt oder Schadensersatzrecht eintritt (§ 326), hat keinen Sinn: denn ein Unterlassen innerhalb der Frist gibt keine Sicherheit für künftiges Unterlassen (S. 254). Dagegen kommt hier ein ganz anderes Element, die Zuwiderhandlung, in Betracht, und der Anspruch entsteht erst aus der Zuwiderhandlung (unrichtige Fassung in § 194 B.G.B.). Für die Zuwiderhandlung aber gelten die Grundsätze des guten Glaubens in erhöhtem Maße, in dem Sinne, daß nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Zuwiderhandlung, die Zuwiderhandlung durch Zwischenschiebung eines dritten untersagt ist; was insbesondere beim Wettbewerbsverbot sehr bedeutsam in Betracht kommt.[1]) Auch von einem Erfüllungsort kann eigentlich nicht gesprochen werden, nur uneigentlich von einem Gleichwert des Erfüllungsortes, von dem Ort nämlich, wo die Entwicklung sich vollzieht, welche durch eine feindliche Einwirkung nicht gestört werden soll.

III. Wenn das B.G.B. bestimmt, daß die Leistung in einem Unterlassen bestehen könne, § 241, so ist dies begrifflich unrichtig. Es kann nur soviel heißen, daß, soweit nicht die begrifflichen Elemente widersprechen, die Unterlassung der Leistung gleich behandelt werden soll. Es ist ja natürlich, daß das Gesetz hauptsächlich an Leistungen denkt und von ihnen ebenso ausgeht wie das Strafrecht von Handlungen; es ist sehr begreiflich, daß nicht überall und in allen Fällen pedantisch die Rechtsfolgen bei der Leistungs- und bei der Unterlassungspflicht besonders dargestellt werden; das Gesetz sagt eben ein für alle mal: Was ich von Leistungen be-

[1]) Entscheidungen hierüber bei Scherer, die 5 ersten Jahre S. 467.

stimme, soll, abgesehen von notwendigen begrifflichen Abweichungen, auch von der Unterlassung gelten.

IV. Die Leistung kann konkret oder abstrakt sein; konkret, sofern sie den Teil eines wirtschaftlichen Geschäfts bildet (Realvertrag): die konkrete Leistung ist, soweit sie eine Rechtsleistung bildet, in ihrer Rechtswirkung von diesem Geschäft abhängig. Abstrakt ist die Leistung, wenn sie unabhängig ist von einem wirtschaftlichen Geschäft; sie ist, soweit sie eine Rechtsleistung ist, in ihrer Rechtswirkung unabhängig. Solche abstrakten Leistungen sind insbesondere

1. Leistungen zum Erfüllungszwecke; sie sind von dem Vorhandensein einer zu erfüllenden Schuldverpflichtung unabhängig,
2. Leistungen, um einer Bedingung zu entsprechen,
3. Leistungen, um einer Anweisung nachzukommen.

In allen diesen Fällen ist die Leistung, soweit sie Rechtsleistung ist, ohne Rücksicht auf die Veranlassung gültig; nur mittelbar kann aus dem Grunde ungerechtfertigter Bereicherung gegen ihre Folgen eingeschritten werden.

V. Die Leistung kann, wie schon aus dem Obigen hervorgeht, eine tatsächliche Leistung sein oder eine Rechtsleistung, d. h. eine Leistung, die in einer Änderung des Rechtszustandes beruht. Für Rechtsleistungen gelten insofern besondere Bestimmungen, als sie Rechtshandlungen darstellen und daher die Voraussetzungen der Rechtshandlungen erfüllen müssen und auch in ihren Rechtsfolgen von den Bedingnissen der Rechtsordnung abhängig sind: auf dem Gebiet der Rechtshandlungen ist die Rechtsordnung souverän; weshalb auch die Vollstreckung eigen geartet ist: sie geschieht dadurch, daß die Rechtsordnung die Rechtswirkung als eingetreten erklärt, §§ 894f. Z.P.O.

VI. Die Leistung kann eine Leistung an einen dritten, d. h. Nichtvertragsgenossen sein: B kann dem A versprechen, an X zu leisten; weist hier X die Leistung zurück, so ist regelrecht A befugt, über die Leistung anderwärts zu verfügen, insbesondere auch zu verlangen, daß die Leistung ihm selbst gemacht werde; vorausgesetzt, daß hierin keine für den Schuldner bedrängliche Änderung der Leistung liegt, ansonst die Sache so zu betrachten ist, wie wenn eine Leistung vom Gläubiger nicht angenommen oder verhindert wird.

VII. Die Leistung kann eine teilbare oder unteilbare sein. Ist eine Teilleistung überhaupt unmöglich oder wirtschaftlich bedeutungslos oder dem Sinn der Verbindlichkeit zuwider, so heißt die Leistung eine unteilbare. Vgl. S. 29, 57, 71, 75, 165, 251.

Die Unteilbarkeit kommt auch bei einem einzelnen Schuldner oder Gläubiger insofern in Betracht, als eine teilweise Unmöglichkeit einer vollen Unmöglichkeit gleichsteht, §§ 139, 280, 286, 325 u. a.

Bedeutender sind die Folgen im Fall einer Mehrheit von Schuldnern oder Gläubigern: hier treten die Erscheinungen einer Gesamtschuldnerschaft und Gesamtgläubigerschaft eigener Art ein. Von Wichtigkeit ist namentlich, daß eine unteilbare Schuld unteilbar bleibt, auch wenn die ursprüngliche Leistungspflicht in eine Schadensersatzpflicht übergeht: denn dadurch soll die Stellung des Gläubigers in Grund und Wesen keine Beschränkung erleiden. Vgl. S. 148, 151, 154.

II. Inhalt der Leistungspflicht.

1. Im allgemeinen.

§ 15.

I. Der Schuldner ist nur verpflichtet zur Leistung, er ist nicht verpflichtet zu denjenigen Vorbereitungshandlungen, welche die Leistung herbeiführen.[1]) Er ist dazu nur insofern verpflichtet, als er einstehen muß, wenn infolgedessen die Leistung nicht erfolgt. Daraus folgt:

1. der Gläubiger hat keinen Anspruch auf die Vorbereitungshandlungen und kann nicht darauf klagen;

2. die Befriedigung ist auch dann eingetreten, wenn sie ohne Vorbereitungshandlungen durch irgend einen Zufall erfolgt ist;

3. eine Erfüllung liegt auch dann vor, wenn die Leistung nicht durch den Schuldner, sondern durch einen dritten bewirkt wird, sofern die Leistung nur die geschuldete Leistung ist. Daher darf der Gläubiger die Leistung irgend eines dritten, sofern sie richtig und vollständig ist, nicht zurückweisen, ohne in Gläubigerverzug zu gelangen. Nur natürlich, wenn der Schuldner mit der Nichtannahme einverstanden ist, wenn

---

[1]) Diesen Grundsatz habe ich im Arch. f. ziv. Prax. 84 S. 1f. entwickelt; hier auch über scheinbare Ausnahmen.

er der Leistung durch einen dritten widersprochen hat, kann in der Nichtannahme kein Handeln gegen den Schuldner und darum kein Gläubigerverzug liegen, § 267; hierbei muß jedoch die etwaige Interventionsbefugnis des dritten in Betracht kommen: denn in diesem Fall ist der dritte nicht wie ein dritter, sondern wie der Schuldner selbst zu behandeln, §§ 268, 1142, 1223, 1249f.

II. Der Gläubiger braucht nur die geschuldete Leistung, nicht etwas anderes als Erfüllung anzunehmen. Daher kann die Leistung nur dann durch einen dritten erfolgen, wenn die Tätigkeit des dritten zu verkehrsmäßig gleichen Ergebnissen führt, wenn also nicht die Leistung so geartet ist, daß die Person des Leistenden eine völlige Besonderheit herbeiführt, so daß die Leistung durch den anderen eine andere Leistung wäre, § 267. Andernfalls könnte die Leistung des dritten zurückgewiesen werden, nicht weil sie die Leistung des dritten wäre, sondern weil sie eine andere Leistung wäre.

2. Verhältnis zu Ort und Zeit.

§ 16.

I. Der Ort der Leistung kann

1. in der Art bedeutsam sein, daß eine Leistung an einem anderen Ort einen ganz anderen Charakter hätte. Dies ist namentlich der Fall bei Grundstücksleistungen, also bei Leistungen durch oder an Grundstücken; hier hat der Ort eine schuldbestimmende Bedeutung: Erfüllungsort kann hier immer nur der eine sein, etwas anderes auch nicht bestimmt werden. Im Gegensatz dazu stehen

2. alle anderen Fälle, wo die Örtlichkeit etwa durch die örtliche Stellung einer Person bestimmt wird, die beliebig geändert werden kann, oder wo überhaupt die Leistung an jedem Orte möglich ist, ohne etwas qualitativ anderes zu werden; so ist es bei den Gegenstandsleistungen, die keinen grundstücksartigen Charakter haben, vor allem bei Gattungsschulden: hier ist die Örtlichkeit nur kraft nachgiebigen Rechts bestimmt; sie ist im übrigen dem Parteibelieben anheim gegeben, und in dieser Beziehung ist wieder zweierlei möglich:

a) es kann ausgemacht werden, daß die Örtlichkeit so wesentlich ist, daß eine Leistung an einem anderen Orte

unbrauchbar wäre, eine Bestimmung, die regelrecht nur dann anzunehmen ist, wenn entweder die Verbringung an den Ort besondere Schwierigkeiten hat oder wenn ein besonderes Interesse vorliegt oder wenn die Örtlichkeit mit der Zeit verbunden ist, wenn also erklärt ist, daß die Leistung an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit stattfinden soll: die Ortsschwierigkeit an sich läßt sich überwinden, nicht aber die Zeit: daher die Satzung des § 391: der Ortsunterschied zweier Verpflichtungen schließt regelmäßig die Aufrechnung nicht aus; sie wird aber ausgeschlossen, wenn zu bestimmter Zeit an bestimmtem Orte geleistet werden soll.

Oder aber die Örtlichkeit hat

b) nur die Bedeutung, daß die Leistung an anderem Orte zwar eine fehlerhafte, minderwertige, aber immerhin brauchbare Leistung ist. Hier ist die Bedeutung der Örtlichkeit gemindert (daher § 391), sie ist aber doch noch von sehr großer Erheblichkeit (vgl. § 391 wegen des Schadensersatzes).

II. Nach dem B.G.B. haben die Schuldverhältnisse zu I 2 ihren gesetzlichen Erfüllungsort, d. h. einen Erfüllungsort kraft nachgiebigen Rechts; maßgebend ist der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses: der Wohnsitz bezw. der Ort der gewerblichen Niederlassung: dies gilt für sämtliche Schuldverhältnisse (I 2) des Rechtsverkehrs wie des Unrechtsverkehrs, § 269; welcher Erfüllungsort übrigens nicht ausschließt, daß der Schuldner verpflichtet sein kann, den Gegenstand der Leistung an einen anderen Ort zu übersenden: in diesem Falle ist von dem Erfüllungsort der Bestimmungsort oder Ablieferungsort zu unterscheiden; der Schuldner aber hat hier regelmäßig genug getan, wenn er die Versendungspflicht erfüllt, d. h. am Erfüllungsort die Sache bestimmungsgemäß zum Versand gegeben hat, § 447: Kosten und Gefahr gehen daher über, wie wenn der Gläubiger die Sache am Erfüllungsort in Empfang genommen hätte. Nur ausnahmsweise werden dem Schuldner Kosten und Gefahr bis zum Bestimmungsort aufgebürdet, nämlich bei Geldschulden: Geld soll der Schuldner unentgeltlich und auf seine Gefahr an den Ort senden, wo der Gläubiger zur Zeit der Leistung Wohnsitz oder gewerbliche Niederlassung hat; doch mit den Milderungen, daß ihm 1. das Mehr der Übersendungskosten vergütet wird, sofern Wohnsitz oder

Niederlassung des Gläubigers sich seit der Entstehung des Schuldverhältnisses geändert haben, und daß 2., wenn diese Vertauschung von Wohnsitz oder Niederlassung eine Erhöhung der Gefahr herbeiführt, dem Schuldner auch die Gefahr erspart bleibt, § 270.

Ob ein Ort nur als Ablieferungsort oder auch als Erfüllungsort gelten soll, dies zu bestimmen ist Sache der Vertragsauslegung; jedenfalls macht die vertragsmäßige Übernahme der Versendungskosten durch den Schuldner den Ort noch nicht zum Erfüllungsort, auch nicht die Übernahme der Gefahr, § 269;[1]) denn beides ist möglich, auch wenn der Zielort der Versendung nur Bestimmungsort ist.[2])

Besondere gesetzliche Bestimmungen über den Leistungsort gelten außerdem für den Verwahrungsvertrag, §§ 697, 700 und zwar deshalb, weil der Verwahrer zur Verwahrung und zu nichts weiterem verpflichtet sein soll; und das Gleiche gilt von den Bestimmungen über Vorweisung von Sachen oder Urkunden, §§ 809, 810, 811 (mit der dortigen Besonderheit).

III. Der Leistungsort kann für verschiedene Teile der Schuld verschieden sein. Er kann für die Leistungen aus gegenseitigem Vertrag verschieden sein, nur daß, wenn eine Geldleistung Zug um Zug gegen eine Sachleistung zu geschehen hat, der Ort der Sachleistung auch als Leistungsort für die Geldschuld zu betrachten ist: das eine soll mit dem andern verbunden sein. Er gilt aber, soweit er für eine Schuld gilt, bezüglich aller mit der Schuld verbundenen Ansprüche, insbesondere auch für die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ferner für die Sicherungs- und Beihilfeansprüche, z. B. für die Befugnis, Rechnungslegung zu verlangen, für die Befugnis, Sicherheit zu beanspruchen, und insbesondere auch für die Befugnis, Quittung zu begehren, hier natürlich in der Art, daß der Anspruch dem Schuldner zusteht: er steht ihm zu als ein aus dem Geschäft hervorgehender und die Abwicklung des Geschäfts fördernder Anspruch. Dagegen gilt der ursprüngliche Leistungsort nicht als Leistungsort für die Rücktrittsansprüche, die eine selbständige Natur haben: diese

---

[1]) Vgl. O.L.G. Breslau, 6. Juni 1904, Recht VIII S. 385.

[2]) Heutzutage pflegt man darum die Klausel des Erfüllungsortes ausdrücklich zu fassen; so die häufige Nebenbestimmung: Erfüllungsort Berlin. — Über Unterlassungsverbindlichkeiten vgl. S. 42.

werden durch die Umstände zur Zeit der Entstehung des Rücktrittsverhältnisses bedingt; und handelt es sich um die Rückgewähr von Gegenständen gegen Geld, so ist der Ort maßgebend, an dem sich der Gegenstand befindet: hier ist er zurückzugeben;[1]) denn der Empfänger ist zur Zurückschaffung nicht verpflichtet. Dies gilt mindestens bei der Wandelung und überall, wo der Rücktritt in der Gegenpartei seinen Grund hat; während, wenn dem Empfänger der Sache der beliebige Rücktritt zusteht, es sicher der Verkehrserwartung entspricht, daß er die Sache an den Ort des Empfangs zurückbringt.

Der Leistungsort kann auch verschieden sein bei mehreren Gesamtschuldnern (S. 146). Auch der Leistungsort des Bürgen ist vielfach ein anderer als der des Hauptschuldners.

IV. Der Leistungsort im gesetzlichen Sinn ist eine durch Wohnsitz, Niederlassung oder sonstige Umstände bestimmte Gemeindeeinheit. Der Ort innerhalb dieser Gemeinde wird nicht in gleicher Weise bestimmt, sondern ergibt sich aus den Umständen, so wie sie sich zur Zeit der Erfüllung gestaltet haben;[2]) wenn also die maßgebende Person innerhalb jener Gemeinde ihre Wohnung gewechselt hat, so ist die Wohnung zur Zeit der Erfüllung maßgebend, und die Verhältnisse zur Zeit der Erfüllung gelten auch dann, wenn etwa die Lieferung infolge neuer baulicher Verhältnisse in der Wohnung des Gläubigers schwieriger wird usw.; sollte die Erschwerung eine erhebliche sein, sollte sie über das Übliche oder Voraussehbare hinausgehen, so könnte Treu und Glaube einen billigen Ersatz rechtfertigen.

V. Die Leistung ist laut nachgiebigen Rechtes sofort zu machen; sie ist sofort zu bewirken, sofern es sich um einen vollendeten, nur noch dem Gläubiger zuzuwendenden Erfolg handelt; sie ist sofort zu beginnen und ununterbrochen fortzusetzen, sofern es sich um einen erst zu erzeugenden Erfolg handelt; sofort nach Entstehung der Verpflichtung, bezw. sofort nach Eintritt des Bedarfsfalles, zu dessen Erledigung die Leistung rechtlich bestimmt ist; bei Miete, Dienst- und Werkvertrag

[1]) Vgl. R.G. 16. Juni 1903 und 28. April 1904, Entsch. 55 S. 105, 111, Monatsschr. f. Handelsr. XIII S. 233, O.L.G. Breslau 2. März 1903, O.L.G. Stuttgart 20. Nov. 1902, Mugdan VI, S. 380, 381.

[2]) Vgl. Kammergericht 8. Dez. 1902, Seuffert 59, No. 148.

ist regelrecht die Vergütung nach der Leistung zu entrichten, §§ 551, 614, 641; vgl. auch §§ 11, 15, 23 Verl.Ges.

VI. Die gesetzte Zeitbestimmung ist nach nachgiebigem Rechte eine Zeitbestimmung für den Schuldner, § 271, d. h. der Schuldner hat die Befugnis, die ihm gesetzte Zeit abzuwarten; aber er ist nicht dazu verpflichtet: er kann auch früher leisten. Doch gibt es Fälle, wo das Interesse des Gläubigers dem widerspricht,

1. wenn die Leistung zu einer anderen Zeit einen ganz anderen Charakter hätte und

2. wenn sie zwar durch eine zu frühe Bewirkung nicht ihren Charakter verlöre, aber für den Gläubiger weniger brauchbar wäre, ihm insbesondere den Nachteil brächte, daß die Verzinsung aufhörte oder die Vorteile der Wahlschuld verschwänden (unten S. 52).

VII. Über die Bedeutung der Zeit bei Verzeitung und Verzug ist später zu handeln (S. 85f.).

VIII. Von den Verpflichtungen mit Leistungszeit wohl zu unterscheiden sind die Fälle einer künftigen Verpflichtung: hier besteht nicht jetzt schon eine Verpflichtung auf künftige Leistung, sondern sie wird erst in Zukunft erwachsen: Verpflichtung mit aufschiebender Bedingung oder Anfangstermin (I, S. 569). Dies gilt

1. insbesondere in den Fällen, wo die Person des Gläubigers oder Schuldners erst entstehen oder erst durch künftige Umstände bestimmt werden soll,

2. bei allen Verbindlichkeiten, die sich mit der Zeit aus einem Rechtsverhältnis entspinnen, wie Zinsen, Miet- und Pachtzinsen.

Wichtig ist der Unterschied namentlich im Konkurs, da Verpflichtungen mit künftiger Leistungszeit im Konkurs berücksichtigt werden, nicht aber die künftigen Verpflichtungen.[1])

3. Gleichwertung.

a) Anfängliche Gleichwertung.

α) Wahlverpflichtung.

§ 17.

I. Bei der Gattungsschuld handelt es sich um eine Leistung, jedoch in der Art, daß verschiedene Sachen als

[1]) Leitfaden des Konkursrechts S. 185. Über Leibrente s. S. 113.

Leistungsobjekte einander gleich stehen. Bei der Wahlschuld aber handelt es sich um zwei oder mehrere Leistungen, die einander in der Rechtswirkung gleichgestellt werden.

II. Daher auch die Verschiedenheiten, daß bei der Gattungsschuld die Gleichstellung nicht unbedingt ist, sondern nur unter Berücksichtigung bestimmter Eigenschaften anerkannt wird (eine Sache von mittlerer Art und Güte, § 243), und daß bei Gattungsschulden auch nicht unbedingt eine persönliche Auswahl erfolgen muß, die Ausscheidung auf dem Vollstreckungswege auch durch den Gerichtsvollzieher geschehen kann, § 883 Z.P.O.

III. Die Wahlschuld ist eine Schuld mit Gleichstellung der Leistungen, nicht eine Schuld mit Gleichstellung der Vorbereitungshandlungen zu einer Leistung; die Vorbereitungshandlungen gehören nicht zur Verbindlichkeit, und die Art der Vorbereitungshandlung steht der Willkür, nicht der Wahl frei, so wenn z. B. jemand verpflichtet ist, die weitere Belästigung des Nachbargrundstücks dadurch zu verhüten, daß er Gegenmaßregeln trifft: die Gegenmaßregeln können verschieden sein, ihre Auswahl ist der Willkür des Schuldners anheimgestellt; eine Wahlschuld liegt nicht vor, und es gelten nicht die Grundsätze dieser.[1])

IV. Der Gedanke der Gleichstellung der mehreren Leistungen bei der Wahlschuld führt zu folgender Gestaltung:

1. die mehreren Leistungen werden nebeneinander geschuldet, in der Art, daß künftig die Schulden sämtlich bis auf eine gestrichen und als nicht vorhanden erklärt werden sollen; eben weil die eine soviel gilt, als die andere und die Schuld nur aus einer Leistung bestehen soll. Das Streichen der übrigen Schulden ist die Vereinheitlichung. Ist eine der Schulden von Anfang an eine bloß scheinbare (wegen Unmöglichkeit nichtige), so liegt eine bereits von Anfang an vereinheitlichte, d. h. keine Wahlschuld vor, vorbehaltlich jedoch der etwaigen Schadenshaftung (§ 307);

2. sie werden in der Art geschuldet, daß unter Wegfall der übrigen die eine Schuld bestehen bleibt, nicht in der Art,

---

[1]) R.G. 13. Mai 1903 Jur.Woch. XXXII Beil. No. 176.

daß etwa sämtliche Schulden geteilt und von jeder ein Teil geleistet würde; zwei halbe ergeben kein Ganzes;

3. der Wegfall der übrigen Schulden erfolgt entweder von selbst oder durch Rechtshandlung: von selbst durch Zufallsunmöglichkeit; die Rechtshandlung aber ist die Wahl, d. h. die Willenserklärung, welche die eine Schuld erfaßt und für die maßgebende erklärt. Die Wahl geschieht nach dem Grundsatze des B.G.B. formlos durch ankunftsbedürftige Erklärung; die Erklärung kann auch stillschweigend geschehen: so kann die Wahl des Schuldners durch Leistung (auch durch Teilleistung) erfolgen, vorausgesetzt daß die Leistung an den Gläubiger selber geschieht oder, wenn sie bestimmungsgemäß an dritte erfolgt, daß der Gläubiger davon in regelrechter Weise Mitteilung erhält; handelt es sich um ein Unterlassen, so kann nur ein vollständiges Unterlassen als stillschweigende Wahl gelten, die Unterlassung müßte denn eine gemischte, d. h. mit Wegnahme des Bestehenden verbundene Unterlassung sein (S. 41), in welchem Fall, was die Wegnahme betrifft, dieselben Grundsätze gelten, wie für das Handeln.

V. Man hat im Falle der Vereinheitlichung durch Wahl oder durch Unmöglichkeit von einer Rückwirkung gesprochen, in der Art, als ob die vereinheitlichte Leistungsschuld von jeher allein bestanden hätte, und das scheint auch im § 263 des B.G.B. ausgedrückt zu sein. Diese Anschauung aber ist unrichtig. Was das B.G.B. sagen will, geht nur dahin, daß die übrigen Leistungspflichten spurlos verschwinden; die vereinheitlichte Schuld aber hat allerdings von jeher bestanden: sie bestand als eine früher mit den übrigen allenfallsigen Schulden untrennbar verbundene, zusammengekoppelte. Es ist wie wenn mehrere latente Batterien neben einander lagern, von denen sich nur die eine entzünden kann: die eine entzündet sich, während die anderen dadurch von selbst wirkungslos werden. Daraus geht hervor:

1. Es kann allerdings vor der Wahl des Schuldners ein Verzug eintreten, aber nur ein Verzug in Bezug auf die Wahlschuld, nicht ein Verzug in Bezug auf die vereinheitlichte Schuld. Ist daher beispielsweise die vereinheitlichte Schuld eine Geldschuld, so sind erst von der Vereinheitlichung an Verzugszinsen zu zahlen, sonst kann nur Entschädigung begehrt werden.

Erst mit dem Augenblick der Vereinheitlichung ist die der Vereinheitlichungsschuld entsprechende Leistung zu fordern oder zu bewirken, § 387; daher kann

2. wenn die eine Alternative auf Geld geht, mit dieser Forderung und gegen sie erst mit dem Augenblick der Wahl oder der sonstigen Vereinheitlichung aufgerechnet werden, und zwar in der Art, daß erst mit diesem Augenblick die Folgen der Aufrechnungslage, z. B. das Stillstehen des Zinsenlaufs, eintritt.

VI. Die Wahl des Schuldners ist ein Teil der Erfüllung; er wählt entweder durch seine Erfüllungstätigkeit oder er wählt vorher, aber dann ist das Wählen Bestandteil des künftigen Erfüllens. Daraus ergibt sich: ebenso wie der Schuldner ohne Zustimmung des Gläubigers nicht vor der Zeit erfüllen darf, sofern der Gläubiger an der nicht vorzeitigen Erfüllung ein Interesse hat, ebenso darf der Schuldner nicht vorher wählen, wenn der Gläubiger an der nicht vorzeitigen Wahl ein Interesse hat; denn durch die Wahl tritt eine Verschlimmerung in der Lage des Gläubigers insofern ein, als, solange nicht gewählt ist, bei Untergang der einen Leistung die andere Leistung geschuldet bleibt, was aufhört, sobald eine Vereinheitlichung eingetreten ist: ist daher gewählt, dann trifft die Gefahr der so gewählten Leistung den Gläubiger mit voller Wucht (S. 49).

Dies erfährt aber notgedrungen folgende Ausnahme: der Schuldner ist zu einer entsprechenden früheren Wahlerklärung berechtigt und verpflichtet, falls der Gläubiger zur Annahme der Leistung Vorbereitungshandlungen zu machen hat. Dann ist die frühere Wahl eine Pflicht des Schuldners; doch ist ein prozessualer Zwang zum bloßen Wählen unstatthaft, denn die Wahlpflicht ist ein Anhang zur Leistungspflicht, und nur bezüglich dieser gilt die Deckungsbefugnis.

Die Deckungsbefugnis erwirbt aber der Gläubiger durch einen vollstreckbaren Titel; ein solcher geht, wenn er ein Urteil ist, auf die Alternative, denn das Urteil entspricht der Schuld, und die Schuld ist alternativ. Auf Grund dessen erlangt der Gläubiger die Befugnis, nicht zu wählen, wohl aber sich zu decken, d. h. die Erzwingung der einen oder der anderen Alternative zu versuchen (unten S. 205 f.). Hat er sich auf solche Weise, wenn auch nur teilweise, Deckung verschafft, so geht die Deckungsbefugnis der Erfüllungsbefugnis

vor, und der Gläubiger kann sich in dieser Richtung vollständig decken, sofern sein erster Deckungsversuch nur ein teilweises Ergebnis geboten hat. Hat er sich trotz seiner Bestrebungen, noch gar keine Deckung verschafft, so bleibt die Schuld eine Alternativschuld, sodaß

1. der Schuldner die Erfüllungs- und Wahlbefugnis behält,

2. die Gefahr nach den Grundsätzen der Wahlschuld weiter besteht,

3. der Gläubiger jederzeit die auf Deckung zielende Tätigkeit zurückziehen oder ihr eine andere Richtung geben kann, § 264.

VII. Das Wählen des Gläubigers ist nicht Pflicht, sondern Recht; unterläßt er die Wahl, so kann er in Gläubigerverzug kommen, und dann treten die Folgen des Gläubigerverzuges ein, mit der Besonderheit, daß hier zur Klärung der Verhältnisse eine anderweitige Wahl eintreten muß: an Stelle der Wahl des Gläubigers tritt Wahl des Schuldners nach erfolgter Aufforderung und fruchtloser Fristsetzung, die wo tunlich zu erfolgen hat[1]) und naturgemäß mit der den Gläubigerverzug bewirkenden Aufforderung, § 295, verbunden werden kann — auf eine doppelte Aufforderung, auf ein doppeltes Aufrütteln aus der Schlafsucht hat niemand ein Recht.[2]) Selbstverständlich aber ist der Gläubiger nur dann in Verzug, wenn er die Wahl zu einer Zeit nicht vornimmt, wo sie, den Bestimmungen des Schuldverhältnisses entsprechend, zu geschehen hat, § 264. Hierüber gilt folgendes:

Das Wählen des Gläubigers hängt mit der Leistung in der Art zusammen, daß es die Voraussetzung für die Erfüllung ist: es ist also eine die Erfüllung vorbereitende Tätigkeit, die zur Zeit der Erfüllung vorzunehmen ist; ausnahmsweise schon vorher:

1. sofern dies besonders bestimmt ist,

2. sofern der Schuldner seiner Leistung Vorbereitungen vorhergehen lassen muß, zu denen die Wahl des Gläubigers die Voraussetzung ist. Muß z. B. der Schuldner am 1. November liefern, nimmt aber die Herstellung der Ware mindestens

[1]) Ist sie untunlich, so fällt sie weg; § 132 ist nicht anwendbar: dies wäre eine leere Formalität.

[2]) Vgl. O.L.G. Posen, 8. Juni 1903 Recht VII S. 399.

zwei Monate in Anspruch, so hat die in der Wahl bestehende Annahmetätigkeit des Gläubigers mindestens zwei Monate vorher zu erfolgen, damit der Schuldner die Vorbereitungen zur Leistung treffen kann.

Ein Hauptfall ist der des sog. Spezifikationskaufes im Handelsrecht, wenn durch den Gläubiger die Art der Leistung näher zu bezeichnen ist; hierfür gelten die besonderen Bestimmungen des § 375 H.G.B.

§ 18.

I. Die Haftung bezieht sich auf sämtliche neben einander stehende Wahlleistungspflichten, natürlich mit Rücksicht auf die Entwicklung, welche die Angelegenheit hinterher nimmt. Wenn mithin der Schuldner die Unmöglichkeit der einen Leistung zu vertreten hat, so entsteht eine allenfallsige Schadenersatzpflicht; diese tritt allerdings nicht zu Tage, wenn er das Wahlrecht hat und noch die andere Leistung möglich ist: denn er darf ohne Zustimmung des Gläubigers nicht eine Schadenersatzleistung geben, solange eine wirkliche möglich ist. Sie tritt aber zu Tage, wenn der Gläubiger das Wahlrecht hat, da dieser sowohl die übrigbleibende Leistung als auch den Schadenersatz wegen der unmöglich gewordenen wählen kann.

II. Sind beide Leistungen unmöglich geworden, davon die eine aus Zufall, die andere aus Fahrlässigkeit des Schuldners, so gebührt dem wahlberechtigten Gläubiger Schadensersatz für letztere. Hat der Schuldner das Wahlrecht, so gilt folgendes:

Der Schuldner kann, wenn beide Leistungen unmöglich wurden und er wenigstens die eine Unmöglichkeit zu vertreten hat, stets zwischen dem einen oder anderen Schadensersatz wählen: er kann es, wenn beide Leistungen durch seine Schuld unmöglich geworden sind, er kann es aber auch in dem anderen Fall, wenn die eine Leistung durch ihn, die andere durch Zufall verunglückte; denn er kann unter allen Umständen verlangen, so behandelt zu werden, als ob die Unmöglichkeit beider Leistungen auf seiner Schuld beruhte.

III. Dem entspricht auch, daß, wenn der wahlberechtigte Gläubiger durch sein Verschulden die Unmöglichkeit der einen Leistung herbeigeführt hat, er trotzdem die Wahl auf die untergegangene Sache in der Art lenken kann, daß er den

Schadenersatz, den er für die untergegangene Leistung zu entrichten hat, als Erfüllung zurückerhält;[1]) denn wäre dies die einzige Leistung gewesen, so verstünde sich diese Erledigung von selbst; da zwei Leistungen wahlweise geschuldet werden, so muß diese Erledigung nach seiner Wahl möglich sein. Natürlich kann er auch die übrig bleibende Realleistung wählen und hat dann für die unmöglich gewordene in entsprechender Weise Schadenersatz zu leisten, § 265.

§ 19.

Die angeführten Grundsätze entsprechen den Interessen der Parteien nur dann, wenn der juristischen Gleichstellung eine Interessengleichstellung entspricht, sodaß die Wahl zwischen der einen und der anderen Leistung mehr eine Sache der vorübergehenden eigenpersönlichen Stimmung, als eine Auslösung tiefgreifender sachlicher Interessen ist. Sobald aber das letztere zutrifft, passen die entwickelten Grundsätze nicht, denn:

1. hat der Gläubiger das Wahlrecht in dem Sinne, daß je nach der Entwicklung der Verhältnisse ihm bloß das eine oder das andere frommt, dann ist der Grundsatz der Vereinheitlichung der Schuld durch Unmöglichkeit der einen Leistung völlig verfehlt; der Gläubiger bekommt dann vielleicht etwas, was seinem nunmehr entwickelten Interesse widerstrebt; so wenn beispielsweise ein Diplomat, der noch nicht weiß, ob er nach Stockholm oder nach Rio de Janeiro versetzt wird, sich Ausstattungsstücke für die eine oder andere diplomatische Mission wahlweise kauft; es ist dann völlig verkehrt, daß er etwa, wenn die brasilianischen Geräte untergehen, die schwedischen annehmen muß, obgleich seine Reise nach Rio

---

[1]) Die verbreitete Annahme, daß hier der Gläubiger die andere Sache unbedingt annehmen und wegen der zerstörten Sache Schadenersatz leisten müsse, kann für den Gläubiger sehr bedränglich werden, da er möglicherweise an dieser übrig bleibenden Sache gar kein Interesse hat und er sie nun doch anzunehmen und bezüglich des anderen Gegenstandes unter allen Umständen Schadenersatz zu leisten hätte, und dies auch im Fall bloßer Fahrlässigkeit. Der § 265 aber spricht nur den Grundsatz aus, daß, wenn der wahlberechtigte Teil den Untergang des einen Gegenstandes verschuldet hat, normalmäßig der andere Gegenstand verlangt werden kann, nicht auch, daß die Leistung der Entschädigung für den untergegangenen Gegenstand selbst dann ausgeschlossen sei, wenn der wahlberechtigte Gläubiger sie will.

geht; oder wenn ich auf der Schneide stehe, eine Bibliothek oder ein Landhaus zu erwerben, und von einem Warenhaus wahlweise eine Statue für die Bibliothek oder eine Dreschmaschine kaufe und nun, weil die Statue untergeht, die Dreschmaschine vor meiner Bibliothek aufstellen sollte! So aber auch

2. wenn der Schuldner das Wahlrecht hat und er nur darum auf das Geschäft eingeht, weil ihm von zwei Sachen immer noch eine verbleibt; wenn z. B. ein leidenschaftlicher Sammler Doubletten hat und, um sich dafür etwas anderes zu erwerben, die eine Doublette veräußert, indem er sich die Wahl zwischen beiden vorbehält. Geht die eine Doublette zu Grunde, so muß er die übrig bleibende hingeben: das entspricht gar nicht dem Sinn des Geschäftes, denn nunmehr weist seine Sammlung eine vielleicht nicht mehr auszufüllende Lücke auf!

In solchen Fällen ist es Sache der Parteien, zu vereinbaren, daß im Fall der Unmöglichkeit der einen Leistung der Wahlberechtigte auch die unmögliche Leistung wählen darf, in der Art, daß nunmehr für ihn das Geschäft als ein Geschäft in Bezug auf etwas Unmögliches, bezw. unmöglich Gewordenes gilt und die Folgen eines solchen unmöglichen oder unmöglich gewordenen Geschäftes eintreten, sodaß Leistungs- und Gegenleistungspflicht aufhören. Eine solche Bestimmung des Geschäftes ist aber sicher dann anzunehmen, wenn im ersten Falle der Gläubiger den Vertrag ausdrücklich mit Rücksicht auf die etwaige Verschiedenheit künftiger Verwendungsweisen abgeschlossen hat, oder dann, wenn der Schuldner ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, daß er das Geschäft nur in der Art abschließt, daß ihm der eine Gegenstand noch verbleibt; wenn also in dem Geschäft genügend bemerkbar gemacht wurde, daß der juristischen Gleichstellung nicht eine objektive Interessengleichheit, sondern eine tiefgehende Interessenverschiedenheit zu Grunde liegt.[1])

---

[1]) Etwas Besonderes gilt auch beim börsenmäßigen Prämiengeschäft: wählt hier der Prämiengeber nicht, so findet nach Börsengebrauch dasjenige statt, was als seine vermutliche Wahl zu betrachten ist, also beispielsweise bei der Vorprämie das Eintreten in das Geschäft, wenn der Kurs gestiegen ist, und umgekehrt bei der Rückprämie; denn in dem Falle, wo der Prämiengeber notwendig einen Gewinn macht, nimmt niemand an, daß er auf den Gewinn verzichtet. Liegt aber das Verhältnis so, daß

§ 20.

Hat ein dritter das Wahlrecht, so ist die Schuld in das freie Belieben des dritten gestellt; denn wenn er nicht wählt, dann ist es unmöglich, die Leistung zu bestimmen, d. h. die mehrfache allenfallsige Schuld zu vereinheitlichen. Der Vertrag wird also unwirksam. Anders nur, wenn die Wahl in das billige Ermessen gestellt ist, was dann vorliegt, wenn sie so sehr durch die Entwicklung der objektiven Umstände beeinflußt wird, daß die Eigenpersönlichkeit des Wählenden zurücktritt, wenn z. B. der Buchhändler jemandem nach Wahl eines dritten Bücher besorgen soll, die ihm für seinen Beruf passen: hier treten daher die Bestimmungen des § 319 ein. Etwas besonderes gilt für Vermächtnisse und Auflagen, §§ 2154 und 2192: hier soll unter gewissen Umständen das Wahlrecht auf den Beschwerten, d. h. den Schuldner übergehen — eine Besonderheit, die nicht auf die übrigen Schuldverhältnisse übertragen werden darf.

β) Freiwahl.

§ 21.

I. Von den Fällen der Wahlschuld verschieden sind die Fälle, wo dem Schuldner oder Gläubiger die Freiwahl zusteht, d. h. eine Wahlbefugnis, die nicht durch einmalige Wahl erschöpft ist und den Bestimmungen von §§ 263 ff. nicht unterliegt, deren Strenge hier nicht passen würde. So in allen Fällen, wo die Rechtsordnung dem Gläubiger gestattet, eine teilweise Nichtigkeit als volle Nichtigkeit zu behandeln, §§ 139, 280, 325, 326; so wenn der Gläubiger zwischen Rücktritt und Geschäftsvollzug die Wahl hat, §§ 326, 346, 357, 361; so in den Fällen, wo der Gläubiger statt des normalen Schadenersatzes etwas anderes begehren kann, §§ 281, 249; so im Fall der Vertragstrafe, §§ 340, 342; so vor allem bei der Wandelung, §§ 462 f.

Ein eigenartiger Fall findet sich in § 371: der Schuldner kann nach Befriedigung des Gläubigers die Rückgabe des

---

seine Wahl zweifelhaft wäre, dann wird, wenn er am Prämienentscheidungstage sich nicht erklärt, angenommen, daß er die Prämie zahlen will und die Vollziehung des Vertrags ausschlägt. Vgl. Holz, Prämiengeschäft, Berliner Jurist. Beiträge VI S. 4 f.

Schuldscheins verlangen, und wenn dieser „behauptet“, ihn nicht zurückgeben zu können (gleichgültig ob die Behauptung richtig ist oder nicht), ein öffentlich beglaubigtes Befreiungsanerkenntnis. Dies schließt sein fortdauerndes Recht auf den etwa noch vorhandenen Schuldschein natürlich nicht aus.

II. Besondere Fälle derart sind solche, wo der Schuldner die eine Leistung schuldet mit der Befugnis der Ersatzleistung. Hier wird natürlich das ganze Verhältnis nur durch die geschuldete Leistung bestimmt, die Ersetzungsbefugnis ist lediglich eine Erleichterung des Schuldners; ist das Recht auf Hauptleistung erloschen, so kommt die Ersetzungsbefugnis nicht mehr in Betracht; so §§ 251, so 1973, 1992, 2187.

III. Die Freiwahl des Gläubigers wird festgelegt:

1. durch Klageerhebung (soweit die Klage nicht gültig zurückgenommen wird),[1])

2. durch beiderseitige Übereinstimmung,

3. nach den für die einzelne Art des Geschäfts besonders gegebenen Bestimmungen: so wenn es sich um die Rücktrittsbefugnis handelt, regelmäßig durch Rücktritt (Ausnahme bei der Wandelung), so wenn es sich um Vertragstrafe handelt, nach den dortigen Regeln (unten S. 141 f.), so in verschiedenen Fällen nach erfolgter Aufforderung und Fristsetzung, §§ 466, 355; dies letztere ist auch dann anzunehmen, wenn das Gesetz nichts besonderes bestimmt: auch hier ist nicht zu bezweifeln, daß nach erfolgter fruchtloser Fristsetzung das Regelmäßige stattfindet und die Sonderbefugnis aufhört, §§ 139, 281.

Tritt erst nach der Klageerhebung die Lage ein, welche die Freiwahl gestattet, dann kann sie noch geltend gemacht werden, § 268 Z. 3 Z.P.O.

IV. Die Freiwahl des Schuldners wird festgelegt durch beiderseitige Übereinstimmung oder durch Befriedigung (Erfüllung oder Deckung).

γ) Leistungsempfänger.

§ 22.

I. Leistungsempfänger ist die durch Rechtsgeschäft oder Gesetz bestimmte Person, gegenüber welcher die Erfüllungsleistung in derselben Weise vorgenommen werden kann, wie

[1]) R.G. 23. Febr. 1904 J. W. XXXIII S. 171.

gegenüber dem Gläubiger. Er unterscheidet sich von dem Anweisungsempfänger, mit dem er manche Verwandtschaft hat, dadurch, daß durch eine solche Bestimmung der Schuldner eine von der nachträglichen Willkür des Gläubigers unabhängige Befugnis erlangt; denn es steht dem Gläubiger nicht zu, durch eine Gegenverfügung den Leistungsempfänger beiseite zu schieben und dem Schuldner die Möglichkeit einer solchen Leistungsweise zu nehmen: das wäre eine Verkürzung der Rechte des Schuldners, dem gerade durch diese Einrichtung eine wesentliche Erleichterung und Sicherung gewährt werden soll.

II. Der Leistungsempfänger steht zu dem wahren Gläubiger in einem Verhältnis der Treue. Er nimmt die Leistung im eigenen Namen in Empfang, aber im Interesse des Gläubigers und mit der Verpflichtung, sie ihm in der Weise zukommen zu lassen, wie wenn er sie unmittelbar für sich in Empfang genommen hätte. Daher hat der wahre Gläubiger gegen ihn einen Anspruch auf Herausgabe nach den Grundsätzen des Auftragsverhältnisses.

Doch kann das Treuverhältnis im besonderen Falle aufgehoben sein, indem, allerdings dem Wesen der Einrichtung zuwider, die Tätigkeit des Leistungsempfängers diesem selbst zugewendet wird, ähnlich wie bei dem römischen *procurator in rem suam.*

Aus dem Treuverhältnis ergibt es sich: der Schuldner soll dem Leistungsempfänger nicht leisten, wenn die Treugründe dagegen sind; er kann ihm nicht mehr leisten, wenn er bei der Leistung von den das Treuverhältnis ausschließenden Gründen weiß (oben S. 14f.).

III. In gewissen Fällen ist jeder Inhaber der Urkunde Leistungsempfänger. Ein solcher Fall liegt 1. bei Inhaberschuldbriefen vor, wo nur der Verfügungsberechtigte der Gläubiger, jeder Inhaber des Briefs aber Leistungsempfänger ist, sodaß der Schuldner durch Leistung an ihn befreit wird, § 793.[1])

Doch ist ein solcher Leistungsempfänger auch 2. bei Namenbriefen möglich, so insbesondere bei Sparkassenbüchern und

[1]) Damit hat das B.G.B. die von mir im Arch. f. b. Recht VI S. 327f. vorgeschlagene Lösung angenommen.

ähnlichen Urkunden, welche die Bestimmung enthalten, daß mit befreiender Wirkung an den Inhaber gezahlt werden kann, § 808. Und dasselbe gilt von den sog. Legitimationspapieren, Garderobemarken usw.

Bei all diesen Briefen (1. und 2.) hat der Leistungsempfänger eine besondere Stellung:

1. an ihn kann ohne jede Prüfung des Treuverhältnisses geleistet werden;

2. ein Leistungsversuch steht der Leistung gleich: hier kann sich der Leistende durch Hingabe des Geldes oder des sonstigen Gegenstandes an den Inhaber des Briefes befreien, auch dann, wenn dieser etwa geschäftsunfähig sein sollte und das Eigentum nicht erwirbt; so wenn das Sparkassenbuch dem wegen Geisteskrankheit Entmündigten bezahlt, die Banknote von einem solchen Entmündigten eingelöst wird. Vgl. S. 188.

IV. Gesetzlicher Leistungsempfänger ist der Überbringer einer Quittung; er ist nicht bloß insofern bevollmächtigt, als er die Quittung zu diesem Zwecke bekommen hat, sondern er ist als Inhaber der Quittung von selbst Leistungsempfänger; sodaß, auch wenn etwa die Quittung von einem Diebe vorgewiesen würde, die Leistung an ihn wirksam wäre; allerdings auch hier unter Wahrung der Grundsätze der Treue, § 370.

V. Gesetzlicher Leistungsempfänger ist auch der Gerichtsvollzieher nach §§ 754, 755 Z.P.O. An Stelle der Treupflicht tritt die Amtspflicht.

b) Nachträgliche Gleichwertung.

Anweisung.

α) Allgemeines.

§ 23.

I. Wo immer kraft des Schuldrechts eine Leistung in Betracht kommt, kann der Leistungsberechtigte nachträglich eine Gleichstellung vornehmen, d. h. erklären, daß er etwas anderes als Leistung annehmen wolle; dieses andere kann ein inhaltlich anderes sein, es kann auch ein anderes sein als Leistung an einen dritten statt an den ursprünglichen Leistungsempfänger.

Eine solche Änderung kann durch einseitige Erklärung erfolgen: sie ist ankunftsbedürftig und wirkt bis zum Widerruf: es entsteht dadurch die Rechtslage, daß der Leistende die Befugnis hat, anders zu leisten, als es dem Verpflichtungsverhältnis entspricht. Hauptfälle einer solchen Gleichstellung sind die Annahme an Leistungs Statt, d. h. die Erklärung, daß man etwas qualitativ anderes in gleicher rechtlicher Wirkung wie eine Leistung annehmen wolle, und die Anweisung, d. h. die Erklärung, daß man die Leistung an einen anderen so betrachten wolle, als wäre es eine Leistung an den Anweisenden selber.[1]) Die erstere hat ihre Bedeutung fast ausschließlich in der Gestalt der Leistung an Erfüllungsstatt, d. h. der Andersleistung anstatt einer geschuldeten Leistung. Die Anweisung aber kommt allüberall vor, wo es eine Leistung gibt, also nicht nur im Bereich einer geschuldeten Leistung. Sie ist hier zu behandeln. Nur die Anweisungsannahme gehört dem abstrakten Vertrag an (S. 228).

II. Man unterscheidet den Anweisenden, den Angewiesenen, der die Leistung bewirken, den Anweisungsempfänger, der die Leistung in Empfang nehmen soll. Man unterscheidet zwischen allgemeinen Anweisungen und den Anweisungen, die das B.G.B. besonders geregelt hat. Dieses spricht nämlich nur von Anweisungen auf Geld, Wertpapiere, vertretbare Sachen und zwar von schriftlichen (verbrieften) Anweisungen, die dem Anweisungsempfänger ausgehändigt worden sind: denn nur hier ist ein lebhafter Umlauf zu erwarten (§ 783). Im übrigen müssen die Bestimmungen des B.G.B. auch in anderen Fällen gelten, nur daß dort die Annahme der Anweisung als abstrakter Vertrag in der Form des § 780 erfolgen muß und daß die Weiteranweisung der Form des § 792 nicht bedarf, auch die Anzeigepflicht des § 789 nicht besteht.

III. Durch die Anweisung empfängt das Schuldverhältnis eine außerordentliche Umlaufsfähigkeit. Man kann hierdurch

[1]) Sera bene dato, wie es z. B. in einer eigenhändigen Urkunde heißt, die der Maler Perugino am 30. März 1512 ausstellte (Pinacoteca von Perugia): Jo Piectro pinctore da Castello dela Pietta mando chosti a priore de Sancto Agustino de Peroscia Barctomeio mio giarçone cho questa chedula che voie diacte una soma di grano Angnilo de Benecto da Ponte Fetcino e sera bene dato....

die Leistung, die einem geschuldet wird, einem anderen zukommen lassen nnd damit ähnliche Zwecke erzielen wie mit der Forderungsübertragung. Doch ist der rechtliche und wirtschaftliche Erfolg ein anderer. Bei der Forderungsübertragung geht die Forderung selber über, bei der Anweisung hat der Angewiesene lediglich die Befugnis, einem dritten zu leisten, mit der Wirkung, daß er gegenüber dem Anweisenden befreit wird. Allerdings kann der Anweisungsempfänger gegen den Angewiesenen eine Forderung erlangen, aber dies erst dadurch, daß sich der Angewiesene ihm verpflichtet: solches geschieht durch Anweisungsannahme; es entsteht dann aber eine neue Forderung, die vielleicht den nämlichen Inhalt hat wie die alte, aber von ihr in ihrem Eigenwesen verschieden ist.

Ist auf diese Weise die Wirkung der Anweisung geringer, als die der Forderungsübertragung, so bietet sie auf der einen Seite dem Anweisenden den Vorteil, daß er nicht sofort gebunden ist, sondern die Anweisung widerrufen darf; auf der anderen Seite hat der Anweisungsempfänger den Vorteil, daß die Anweisungsannahme regelmäßig ein abstraktes Geschäft darstellt, sodaß er sich auf die Einwendungen, die gegenüber dem Anweisenden bestehen, nicht einzulassen braucht: durch solche Verbindung eines abstrakten Geschäfts mit dem konkreten wird eine größere Sicherheit in den Verkehr hineingetragen (S. 228).

Die Anweisung steht in keinem Zusammenhang mit der Inkassovollmacht; denn der Inkassobevollmächtigte handelt als Stellvertreter des Vollmachtgebers, und wenn an ihn geleistet wird, so wird an den Vollmachtgeber geleistet, und das gilt sowohl, was die dinglichen Wirkungen der Leistungen, als auch, was die schuldrechtlichen Wirkungen der Erfüllung betrifft. Ganz anders bei der Anweisung: hier ist an den Anweisungsempfänger in dessen Namen zu leisten, und wo der gute Glaube in Frage kommt, ist nur der gute Glaube des Anweisungsempfängers maßgebend, nicht der des Anweisenden: § 166 B.G.B. findet keine Anwendung.

IV. Durch die Gleichstellung entsteht für den Angewiesenen die tatsächliche Möglichkeit, an den Anweisungsempfänger mit voller Leistungswirkung zu leisten, aber weder ein

Recht noch eine Pflicht, höchstens eine Befugnis: doch ist diese Befugnis eine allgemeine Persönlichkeitsbefugnis. Noch weniger entsteht dadurch ein Recht des Anweisungsempfängers, es müßte denn ein Vertrag zu Gunsten dritter vorliegen. Ob nach dem Tode des Anweisungsempfängers die Befugnis des Angewiesenen, an ihn zu leisten, in der Art weiter besteht, daß er an seinen Erben leisten kann, wäre an sich eine Frage des Anweisungswillens; der § 791 bejaht sie, aber allerdings ist er nachgiebiger Natur. Im Falle des Konkurses des Anweisungsempfängers aber ist die Frage dann zu verneinen, wenn es sich um eine Erfüllungsleistung handelt; denn da der Anweisende nicht mehr in der Lage ist, mit Erfüllungswirkung an den Anweisungsempfänger zu leisten, so ist dies auch nicht mehr mittelbar durch die Zwischentätigkeit des Angewiesenen möglich; allerdings wäre diese Erfüllungsleistung doch gültig, wenn der Angewiesene in gerechtfertigter Unkenntnis leistete: dann hätte die Leistung an den Gantschuldner die Wirkung der Leistung an die Konkursmasse, § 8 K.O. Nicht dasselbe gilt von der Schenkungs- oder Kreditanweisung: hier ist die Leistung an den Gantschuldner möglich, und auch nur eine solche liegt hier im Sinne der Anweisung, nicht eine Leistung an die Konkursmasse. Allerdings ist möglicherweise die Anweisung so aufzufassen, daß der Angewiesene nur leisten soll, wenn der Anweisungsempfänger noch in geordneten Verhältnissen ist, also nicht im Falle des Konkurses: dies wird bei Kreditanweisungen regelmäßig der Fall sein, aber nicht bei der Schenkungsanweisung.

Beim Konkurs des Anweisungsempfängers muß also das Verhältnis zwischen ihm und dem Anweisenden hervortreten; es ist nicht mehr möglich, die Sache abstrakt zu behandeln.

Daraus ergibt sich von selber die Lösung der Frage über den Einfluß des Konkurses des Anweisenden. Nach der Konkurseröffnung darf er nichts mehr aus seinem Vermögen leisten. Die Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger aber ist eine Leistung aus dem Vermögen des Anweisenden und darum unzulässig; eine Ausnahme wäre nur dann gegeben, wenn der Angewiesenene schenkungshalber leistete: in diesem Falle wäre die Leistung an den Anweisungsempfänger keine Beeinträchtigung des Konkursvermögens.

Auch hier muß also im Konkurs das Sonderverhältnis, und zwar hier das Verhältnis zwischen dem Anweisenden und Angewiesenen, hervortreten.

V. Die Umlaufsfähigkeit kann dadurch gesteigert werden, daß der Anweisungsempfänger wiederum weiter anweisen kann und so ins Unendliche hinein. Doch kann, wie die Abtretungsbefugnis, so auch die Befugnis zur Anweisungsübertragung ausgeschlossen werden. Letzteres geschieht durch Erklärung des ersten Anweisenden, welche unmittelbar oder mittelbar dem Angewiesenen kundgegeben wird, § 792.

Die Übertragung der bereits angenommenen Anweisung ist Übertragung des hierdurch erlangten Rechtes (mit allen Folgen der Forderungsübertragung); sofern aber die Anweisung noch nicht angenommen ist, bedeutet sie die Übertragung der durch die Anweisung entstandenen Rechtslage, sodaß die Leistung des Angewiesenen an den Erwerber die gleiche Rechtsfolge hat, wie die Leistung an den Anweisungsempfänger. Geschieht daher die Leistung erfüllungshalber, so wird der Angewiesene durch Leistung an den dritten Erwerber befreit. Die Annahme der übertragenen Anweisung aber ist ein Versprechen gegenüber dem Erwerber.

β) Die verbriefte Anweisung.

§ 24.

Die verbriefte Anweisung des B.G.B. hat folgende Besonderheiten:

1. Die Annahme der Anweisung durch einen schriftlichen Vermerk des Angewiesenen auf der Anweisungsurkunde, verbunden mit der Aushändigung der angenommenen Urkunde, ist ein abstraktes Versprechen des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger, § 784.

2. Wie die Anweisung schriftlich geschieht, so muß auch die Übertragung schriftlich unter Aushändigung des Anweisungsbriefes erfolgen, § 792 (vgl. aber S. 166).

3. Verweigert der Angewiesene Annahme oder Leistung, so obliegt dem Anweisungsempfänger die Pflicht der unverzüglichen Anzeige an den Anweisenden; hierbei kommt die Verweigerung der Annahme in jedem Zeitpunkt in Betracht, die Nichtleistung aber nur als Nichtleistung nach dem Leistungstermin.

4. Eine solche Anzeigepflicht obliegt dem Anweisungsempfänger auch dann, wenn er von der Anweisung keinen Gebrauch machen will: eine solche Willensentschließung kann von ihm allerdings erst verlangt werden, wenn die Leistungszeit herangekommen ist oder wenn nach dem Brauch des Verkehrs eine frühere Entscheidung als angemessen erscheint.

5. Eine Anzeigepflicht obliegt ihm ferner dann, wenn er die Anweisung nicht geltend machen kann, wie z. B. wenn er in Konkurs kommt oder wenn andere Umstände eintreten, welche nach Maßgabe der Anweisungsbedingungen der Annahme im Wege stehen; die Anzeige ist unverzüglich zu erstatten, § 789.

6. Ein weitreichender Umlauf verlangt noch etwas ferneres, und dies ist bei dem Wechsel und bei indossierbaren Papieren verwirklicht, nicht bei der verbrieften Anweisung des B.G.B., die nur auf mäßigen Wandel angelegt ist. Aus der Nichtleistung des Angewiesenen ergibt sich nämlich (abgesehen von der Anzeigepflicht bei der verbrieften Anweisung) keine besondere Rechtsfolge. Es bleibt also bei dem bisherigen Stand. Ist beispielsweise die Anweisung eine Anweisung zur Erfüllung, so ist eben nicht erfüllt; ist es eine Anweisung zum Zweck der Schenkung, so ist nicht geschenkt. Von einem Rückgriff gegen den Anweisenden ist keine Rede, sondern nur davon, daß eben möglicherweise eine Verpflichtung des Anweisenden besteht, die getilgt werden sollte und nicht getilgt ist. Und handelt es sich um eine Anweisung, die an dritte übertragen ist, so kann von einem Rückgriff des dritten Erwerbers gegen den Anweisenden noch weniger die Rede sein. Die Anweisung bietet daher Vorteile, aber keine Sicherheit.

Wie dieses Verkehrserfordernis bei dem Wechsel und anderen Einrichtungen des Handels erfüllt worden ist, muß im Handelsrecht dargestellt werden.

γ) Anweisung und Leistungsauftrag.

§ 25.

I. Die Anweisung als reine Anweisung ist wohl zu unterscheiden von dem Leistungsauftrag. Ein solcher kann mit der Anweisung verbunden sein. Ich kann jemandem erklären, eine Leistung an einen dritten wie eine Leistung an mich

behandeln zu wollen; ich kann aber auch zu gleicher Zeit mit ihm vertragsmäßig ausmachen, daß er diesem dritten leisten soll, und dies kann entweder bezüglich einer bestimmten Leistung oder unbestimmt erfolgen. Häufig ist dies im Kontokorrentverkehr mit Banken der Fall, indem solche es übernehmen, Zahlungen für den Kontokorrentkunden zu machen: dies ist nicht eine reine Anweisung, sondern Anweisung und zugleich Verpflichtungsübernahme von seiten der Bank. Daher gelten in dieser Beziehung die Grundsätze des Auftragsvertrags, und die Bank würde sich verantwortlich machen, wenn sie pflichtwidrig dem übernommenen Auftrage nicht stattgäbe.[1])

Dabei wird man als Regel annehmen dürfen, daß das Auftragsverhältnis von Seiten der Bank nicht willkürlich, sondern nur aus wichtigen Gründen gekündigt werden kann, §§ 671, 675.

II. Hieraus ergibt sich aber folgendes: ist die Anweisung eine reine Anweisung, so kann der Angewiesene trotzdem jederzeit an den Anweisenden, sofern er dessen Schuldner ist, leisten, und der Anweisende, der die Leistung ablehnte, wäre im Gläubigerverzug. Anders im Falle des Leistungsauftrags: denn hier stünde die Leistung an den Anweisenden im Widerspruch mit der übernommenen Auftragspflicht; und geht der Auftrag dahin, dem Anweisungsempfänger zu leisten, so wie er sich meldet, so muß der Angewiesene ihn abwarten. Dies kann zu Mißlichkeiten führen, indem auf solche Weise der Angewiesene auf unbestimmte Zeit gebunden ist; darum kann das Gesetz bestimmen, daß der Anweisungsempfänger in einem bestimmten Zeitpunkte sich melden muß, sodaß, wenn er sich nicht meldet, der Angewiesene seines Auftrags entledigt ist und sich so verhalten kann, wie wenn er keinen Auftrag bekommen hätte, er mithin wieder an den Anweisenden leisten kann und dieser die Leistung anzunehmen hat. Im Handelsrechte der Völker sind darüber verschiedene Bestimmungen gegeben; im Zivilrecht wird anzunehmen sein, daß, wenn der Anweisungsempfänger die Annahme der Leistung ungebührlich verzögert, dies für den Angewiesenen ein wichtiger Grund ist, den Auftrag zu kündigen und sich auf diese Weise in die Möglichkeit

[1]) Beides hat man früher in unsäglicher Weise durcheinander gebracht.

zu versetzen, wieder an den Anweisenden zu leisten und sich dadurch zu befreien.

III. Die viel behandelte Frage über den Rückgriff des leistenden Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden hätte eigentlich gar nicht aufgeworfen werden sollen. Sie beruht lediglich darauf, daß man die einfache Anweisung vom Leistungsauftrag nicht unterschied. Die reine Anweisung bedeutet einfach, daß die Leistung an den Anweisungsempfänger so betrachtet werden soll, wie eine Leistung an den Anweisenden; hätte aber der Angewiesene an den Anweisenden geleistet, so hätte er einen Ausgleichungsanspruch nur nach Maßgabe des besonderen zwischen ihnen bestehenden Verhältnisses; also z. B., wenn die Leistung ein Darlehn, eine Kreditleistung wäre, nicht aber schon einfach kraft der Leistung als solcher: es muß daher das ganze Verhältnis offengelegt werden, um zu zeigen, daß diese Leistung einen Ausgleichsanspruch ausgelöst hat. Ganz anders beim Leistungsauftrag. Der Leistungsauftrag macht den Angewiesenen vertragsmäßig leistungspflichtig; daher muß er behandelt werden wie ein anderer Beauftragter: er hat daher, wie ein sonstiger Beauftragter, welcher Auslagen macht, einen Ersatzanspruch, er hat ihn, soweit nicht aus einem anderen zwischen beiden bestehenden Verhältnisse sich ergibt, daß in diesem Falle die Aufwendung einen anderen Charakter haben soll und etwa eine bestehende Schuld deckt, — wie wenn ich z. B. meinen Schuldner beauftrage, ein Bild für mich zu kaufen und es zu bezahlen, und hierbei zwischen uns beiden ausgemacht ist, daß diese Bezahlung auf eine Schuld, die der Beauftragte an mich hat, angerechnet und solche dadurch getilgt werde. In gleicher Weise verhält es sich mit dem Leistungsauftrag an den Angewiesenen: auch er hat zunächst einen Ausgleichungsanspruch; dieser ergibt sich schon aus dem Auftragsverhältnis von selber, und ein gegenteiliges Verhältnis, welches dem Ausgleichungsanspruch im Wege steht, muß besonders dargelegt werden.

IV. Der Leistungsauftrag kann mit einem Versprechen zu Gunsten des dritten verbunden werden, indem nicht nur der Angewiesene sich verpflichtet, an den dritten zu leisten, sondern auch der dritte ein unmittelbares, von der Person der Anweisungsgenossen unabhängiges Recht gegen den An-

gewiesenen erlangen soll. Dieses hat man beim Scheckvertrag angenommen, indem der Scheckinhaber, mindestens in dem Augenblick, wo er den Scheck vorweist, ein unmittelbares Recht gegen den Scheckverpflichteten erlangte. Allein die richtige Konstruktion des Schecks geht vielmehr dahin, daß er eine Forderungsübertragung des Scheckausstellers an den Scheckempfänger gegenüber dem Scheckverpflichteten enthält, sodaß dieser Fall aus dem ganzen Bereich der Anweisung ausscheidet (unten S. 166). [1])

III. Leistungsbedingnisse.

1. Leistung als mögliche Leistung.

a) Unmöglichkeit und Unvermögen.[2])

§ 26.

I. Die Verpflichtung auf etwas Unmögliches wird vom Gesetze als nichtig behandelt; mit Recht: die Ordnung der Dinge läßt sich nicht umstürzen, und wir alle sind die Sklaven der uns umgebenden Kräfte, soweit wir sie nicht zu beherrschen verstehen, d. h. soweit wir nicht ein Problem des Geschehens verwirklichen können. Das Leistenwollen des Unmöglichen ist ein fruchtloses Sichaufbäumen des Menschen gegen die Natur, das vom Rechte nicht ernst genommen werden darf. Ist auf solche Weise die Verpflichtung nichtig, so bleibt sie nichtig, wenn auch das Unmögliche in der Folgezeit möglich sein sollte. Ob aber Unmöglichkeit und darum Nichtigkeit vorliegt, dafür ist nicht die Zeit des Vertragsabschlusses maßgebend, sondern die Zeit der geschuldeten Erfüllung; denn in diesem Zeitpunkt handelt es sich darum, ob wir durch Beherrschung der Natur imstande sind, der Verpflichtung zu entsprechen, §§ 306, 308.

Die Unmöglichkeit ist nicht gedacht als eine Art der Notwendigkeit (negative Notwendigkeit); denn nicht das ist das maßgebende, daß ein negatives Sein, d. h. ein Anderssein stattfindet, sondern daß gewisse Alternativen des Seins (Möglich-

---

[1]) Zeitschr. f. vgl. Rechtsw. XVII S. 297, 308.

[2]) Hierüber haben wir einige vortreffliche Untersuchungen, namentlich von Kisch, ferner von Titze, Kleineidam usw. Die Lehre steht auf einem wesentlich höheren Standpunkt als zu den Zeiten des Pandektenrechts.

keiten) ausgeschlossen sind. Daraus ergibt sich die Relativität des Unmöglichkeitsbegriffs. Unmöglich ist nicht nur diejenige Alternativität des Seins, welche unter allen Umständen ausgeschlossen ist, sondern auch die, welche unter den bestimmten Verhältnissen ausgeschlossen ist, und nicht nur die, welche unbedingt ausgeschlossen ist, sondern auch die, welche ausgeschlossen ist nach Maßgabe dessen, was man von dem Schuldner verlangen kann. Unmöglich kann daher eine Leistung auch darum sein, weil sie große Lebensgefahr oder gar den sicheren Tod herbeiführt, oder auch dann, wenn sie einen über alle Verhältnisse hinausgehenden Aufwand verlangt.

II. Die Unmöglichkeit kann herbeigeführt werden durch menschliche Minderkraft gegenüber der Naturordnung, sie kann herbeigeführt werden durch das sonderartige Zusammentreffen der Verhältnisse (Zufall), sie kann herbeigeführt werden durch die Minderkraft gegenüber anderen menschlichen Betätigungen, namentlich gegenüber der Übermacht des Staates.

Unmöglich ist daher

1. dasjenige, was der Naturordnung widerspricht, sofern wir nicht in der Lage sind, sie zu bemeistern. Unmöglich ist daher nicht dasjenige, was wir kraft Beherrschung der Natur erreichen können: solches ist möglich, auch wenn ein hoher Grad menschlicher Kraftäußerung notwendig ist; vorausgesetzt, daß die Kraftäußerung im Bereiche der bei dem Geschäft vorauszusetzenden regelmäßigen Leistungsfähigkeit liegt. Daß etwas bei einer ganz außerordentlichen Betätigung menschlicher Kraft in einem besonderen bestimmt gearteten Falle möglich ist, wird nur dann von Bedeutung, wenn nach Maßgabe des Geschäftes solche ganz besonderen Kräfte vorauszusetzen sind, wie z. B., wenn ein berühmter Athlet niedergeworfen, ein berühmter Virtuose überboten werden soll.

Die Unmöglichkeit kann auch

2. eine Zufallsunmöglichkeit sein, sofern uns nicht die Übermacht der uns entgegentretenden Natur überwältigt, sondern eine besondere Gestaltung der Sachlage, die nicht durch die üblichen Mittel des Verkehrs überwunden werden kann; so beispielsweise, wenn eine Sache verloren, gestohlen, abhanden gekommen, ins Meer gefallen ist usw.: hier liegt die Betonung nicht darauf, daß wir nicht imstande sind, die verlorene

Sache herbeizuzaubern, sondern darauf, daß die Sache durch die besondere Verschränkung der Einzelumstände unserer Macht entzogen ist. Dasselbe gilt auch dann, wenn die Sache entwendet worden ist: denn bei der Entwendung ist nicht der fremde Besitz als solcher das Wesentliche, sondern der Umstand, daß die Sache dem redlichen Verkehr entzogen ist, und dies ist ein objektiver Mißstand.

Eine Unmöglichkeit liegt

3. vor bei der Minderkraft gegenüber sonstigen menschlichen Betätigungen, namentlich gegenüber der Staatsordnung, der inländischen oder ausländischen; so, wenn es mir unmöglich ist, zu erscheinen, weil ich durch Räuber festgenommen werde; so aber auch, wenn jemand durch Staatsgewalt an einem bestimmten Ort aufgehalten wird, sei es durch Gefangennahme, sei es durch Blockade; so wenn eine bestimmte Tätigkeit infolge staatlichen Zwangsverbotes nicht geschehen kann, z. B. infolge Verbots eines Baues, oder wegen Verweigerung der Konzession, wegen Verbots des öffentlichen Auftretens, wegen Zensurverbots.

III. Man wollte zwischen tatsächlicher und juristischer Unmöglichkeit unterscheiden. Dieser Unterschied ist aber, wie ich in den Zwölf Studien I, S. 251f., dargetan habe, nicht begründet. Es treten dieselben Erscheinungen ein, ob eine Ausfuhr in das Ausland wegen tatsächlicher Hindernisse oder wegen Staatsverbots unmöglich ist; desgleichen, wenn die Bestellung eines Rechts wegen der juristischen Unmöglichkeit nicht geschehen kann (z. B. ein Erbbaurecht an einem Baum). Nur muß eben die juristische Unmöglichkeit eine wirkliche Unmöglichkeit sein kraft Rechtssatzes, nicht ein bloßes Unvermögen: der Verkauf einer fremden Sache ist kein Fall der Unmöglichkeit, sondern des Unvermögens: nur dann liegt wirkliche Unmöglichkeit vor, wenn ein Gegenstand so sehr außer dem Bereich des Verkehrs liegt, daß jede Möglichkeit der Rechtsbegründung in absehbarer Zeit als ausgeschlossen zu betrachten ist. In dieser Beziehung ist es den Römern zuzugeben, daß die Veräußerung eines Stückes vom Stadtplatz oder von der Hauptstraße des Ortes, wodurch das ganze Straßenbild verändert würde, nicht bloß als Unvermögen, sondern als objektive Unmöglichkeit zu gelten hat.

IV. Wird die Leistung zeitweise unmöglich, so kommt es wesentlich darauf an, wie die Rechtsordnung sich zur verspäteten Leistung stellt; ist die verspätete Leistung als Nichtleistung zu betrachten, dann ist die zeitweilige Unmöglichkeit einer völligen Unmöglichkeit gleichzustellen; sonst nicht (S. 85).[1])

V. Bei teilweiser Unmöglichkeit gilt nur eine teilweise Nichtigkeit, und zwar unbedingt, soweit das Schuldverhältnis ein einseitiges ist; ist das Schuldverhältnis aber ein Tauschverhältnis, dann muß folgendes gelten: die teilweise Unmöglichkeit kann wegen der Unteilbarkeit des Interesses eine volle Unmöglichkeit darstellen (S. 44). Dies gilt bei einseitigen Verpflichtungen deswegen nicht, weil immer noch einiges erzielt wird, was besser ist als nichts; anders bei Austauschverhältnissen wegen der Gegenleistung; so denn auch § 139 B.G.B.

Aber auch bei Austauschverhältnissen muß folgendes beigefügt werden: der Gläubiger kann immer sagen, daß er diese völlige Interessenunmöglichkeit unberücksichtigt lassen und die teilweise Unmöglichkeit als eine bloß teilweise behandeln will, weil es ihm vielleicht gelingt, das Fehlende anderwärts zu decken. Daher steht Sein oder Nichtsein des Schuldverhältnisses in der Freiwahl des Gläubigers (S. 57).

VI. Ein Hauptfall der teilweisen Unmöglichkeit liegt vor, wenn ein Gegenstand in der Vereinbarung liegt, der bestimmte Eigenschaften an sich tragen soll, sei es nun, daß diese ausdrücklich vereinbart (zugesichert) sind, oder daß solche Eigenschaften für den gewöhnlichen oder den (in der Vereinbarung bezeichneten) bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gegenstandes nötig sind. Wenn nun der Gegenstand diese Eigenschaften nicht besitzt, so daß er mit „Fehlern" behaftet ist, so sollte nach allgemeinen Grundsätzen folgendes gelten: ist die teilweise Unmöglichkeit eine vollständige Interessenunmöglichkeit, so wäre, wenn der Eintauscher es will, die teilweise Unmöglichkeit einer vollständigen Unmöglichkeit gleich und das Geschäft nichtig (§ 139); ist dies nicht der Fall, so wäre das Geschäft gültig, aber die Verbindlichkeiten des

---

[1]) Vgl. O.L.G. Kiel 9. Januar 1903, **Mugdan** VI S. 226, R.G. 9. Februar 1904 Wochenschr. f. Aktienr. XIII S. 191.

Eintauschers würden sich mindern. Ein derartiges System wäre im Prinzip gerecht, es würde nur zu folgender Schwierigkeit führen: ständig würde die Frage auftauchen, ob eine vollständige Interessenunmöglichkeit vorliege, und dies würde zu peinlichen Untersuchungen führen, die gerade bei dem häufigen Vorkommen dieses Falles das Rechtsleben in schweres Mißbehagen brächten. Daher liegt hier ein Fall vor, wo die Rechtsordnung im Interesse der leichteren Verwirklichung von der Genauigkeit ihrer Bestrebungen abweichen muß. Ihr stehen hierfür zwei Mittel zu: entweder setzt sie eine feste Durchschnittsgrenze, welche die Einzelfälle möglicherweise durchschneidet, oder sie läßt den Berechtigten, der sonst nur die bedingte Befugnis hätte, unbedingt wählen. Das letztere ist hier geschehen. Die Rechtsordnung hat, aufbauend auf das römische Recht, den Satz aufgestellt: der Eintauscher braucht in solchem Falle nicht darzutun, daß die teilweise Unmöglichkeit eine vollständige Interessenunmöglichkeit ist, sondern es genügt die einfache Erklärung, daß er die geleistete Sache, weil sie seinen Interessen nicht entspreche, nicht mehr haben wolle, in der Art, daß auch eine Verbindlichkeit seinerseits nicht mehr bestehen solle. Das konnte aber nur mit einer zweiten Änderung durchgeführt werden, nämlich mit der Änderung, daß die Nichtigkeit des Geschäftes niemals eine dingliche Wirkung haben, sondern nur zum schuldrechtlichen Rückgängigmachen führen solle;[1]) denn ist die Wirkung eine dingliche, so sind dritte Personen dabei interessiert, und es ginge nicht an, hier einfach die Willkür des Käufers walten zu lassen.

Auf diese Weise bietet unsere Gestaltung mit der Befugnis, Wandelung oder Preisminderung zu begehren, ein im ganzen sachgemäßes und dem System des Rechts entsprechendes Ergebnis;[2]) nicht als ob diese Gestaltung bewußtermaßen aus der Betrachtung der Dinge hervorgegangen wäre: es war eine besondere Entwicklung des römischen Marktrechts, welche zu dem Edikt der Ädilen führte, und von da aus hat sich das Weitere gestaltet. Allein daß dieses örtliche Marktrecht zum allgemeinen Weltrecht geworden ist, hat es seinem sachge-

[1]) Dies namentlich beim Realkauf.

[2]) Auf diesen Zusammenhang habe ich schon vor über dreißig Jahren hingewiesen in den badischen Annalen XXXIX S. 174f. (1873).

mäßen Inhalt zu verdanken. Wenn daher die bisherige Rechtslehre das Ergebnis lediglich als geschichtliche Entwicklung hinnimmt, so dringt sie nicht in das Innere der Sache ein. In Wirklichkeit handelt es sich um einen Fall der teilweisen Unmöglichkeit, der mit Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse des Lebens gewisse reglementarische Besonderheiten angenommen hat. Zu diesen reglementarischen Besonderheiten gehört auch die kurze Verjährung und die Anzeigepflicht, wovon unten S. 236f. zu handeln ist, § 459f.

Aus dieser Betrachtungsweise ergibt sich von selber auch die Lösung der Frage, ob bei der sog. Wandelung, d. h. beim Rücktritt des Käufers noch ein Schadenersatzbegehren statthaft ist. Es ist statthaft nach Maßgabe des § 307, indem der Austauscher, der die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen mußte, zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet ist; und ein Ersatz des positiven Interesses d. h. ein voller Ersatz dessen, was der Vertragsgenosse hätte, wenn die Leistung möglich gewesen wäre, kann begründet werden durch Vertragszusicherung oder durch Vertragsarglist; die Vertragszusicherung kann liegen in der Zusicherung einer Eigenschaft; denn Zusichern heißt: für das aufkommen, was die (durch Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaft herbeigeführte) Unmöglichkeit weniger bringt, als die Möglichkeit; die Vertragsarglist liegt im arglistigen Verschweigen von Fehlern, im arglistigen Vortäuschen des Möglichen statt des Unmöglichen; darüber S. 242f.

Im übrigen tritt die Behandlung der § 459ff. an Stelle der Behandlung wegen teilweiser Unmöglichkeit, sowohl was die teilweise Unmöglichkeit im Augenblick des Vertrags, als auch was die spätere teilweise Unmöglichkeit, die Unmöglichkeit im Augenblick der Erfüllung betrifft; denn diese Mängelbehandlung findet statt, sofern die Mängel auch nur bei der Erfüllung oder in dem der Erfüllung (bezüglich der Gefahrtragung) gleichgestellten Zeitpunkte vorhanden sind, § 459: dies ist wichtig, weil nach den Grundsätzen der Unmöglichkeit (§ 323) hier kein Zurückgehen vom ganzen Vertrag, sondern nur Minderung möglich wäre. Auch das ist hervorzuheben, daß, von der Arglist und der ausdrücklichen Zusicherung abgesehen, dem Eintauscher dann keine Rechte aus der teilweisen Unmöglichkeit

zustehen, wenn er bezüglich der Kenntnis des Unmöglichen in grober Fahrlässigkeit war, § 460 B.G.B.

VII. Diese Betrachtungsweise trifft allerdings nur beim Sondergegenstandskauf zu, nicht beim Gattungskauf. Bei diesem nämlich gilt folgendes: der Schuldner hat einen fehlerlosen, d. h. die notwendigen Eigenschaften an sich tragenden Einzelgegenstand zu liefern. Gibt er einen fehlerhaften Einzelgegenstand, so ist nicht etwa das Geschäft unmöglich, sondern die Erfüllung ist eine ungenügende und braucht nicht angenommen zu werden. Der Eintauscher kann einen anderen Einzelgegenstand der Gattung verlangen, aber er braucht nicht unempfindlich dagegen zu sein, daß ihm eine falsche Erfüllung dargeboten worden ist: der Austauscher darf nicht etwa den Eintauscher hinhalten und ihn immer wieder mit derartigen falschen Erfüllungen behelligen. Daher kann dieser den Austauscher an dem Erfüllungsobjekt festhalten, ebenso wie wenn es der einzige Erfüllungsgegenstand wäre, und kann mithin wandeln und mindern wie beim Geschäft über einen Sondergegenstand. Die Folge ist, daß der Eintauscher durch Wandelung von dem Geschäft ganz frei wird, und daß er durch Preisminderung es wenigstens erreicht, daß er einen vielleicht im Augenblick unentbehrlichen Gattungsgegenstand bekommt zu einem nach Maßgabe der Eigenschaften verminderten Preise (S. 107 f., 242).

Da aber hier eine teilweise Unmöglichkeit in der Tat nicht vorliegt, da vielmehr der Eintauscher nur in seinem Interesse den Austauscher so belangen kann, wie wenn eine solche vorläge, so versteht es sich von selber, daß neben der Wandelung nicht etwa bloß das negative, sondern auch das positive Interesse verlangt werden kann, sofern eine Verschuldung vorliegt.

VIII. Das Obige (VII) sollte eigentlich auch bei Freigebigkeitsversprechungen gelten; hier aber tritt eine Milderung ein: der Schenker entledigt sich seines Schenkungsversprechens in bezug auf eine Gattungssache, wenn er irgend ein Stück der Gattung ohne Arglist und ohne grobe Fahrlässigkeit erworben hat und dieses zur Erfüllung hingibt: ist er allerdings beim Erwerb in grober Fahrlässigkeit, so muß er ein anderes Stück erwerben und dieses leisten. Und wenn er dabei noch

den Mangel arglistig verschweigt, so kann der Erwerber statt der Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, da ihm ein weiterer Versuch, eine gute Sache zu bekommen, bei einem solchen Vertragsgenossen nicht mehr zugemutet werden kann, § 524. Über Vermächtnisse vgl. § 2183.

IX. Die nähere Darstellung dieser Institute ist später in der Lehre von den Gegenseitigkeitsgeschäften S. 236 f., 262 f. zu geben.

§ 27.

I. Die nachträgliche Unmöglichkeit hat ein nachträgliches Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge, ganz oder teilweise, § 275. Rührt die Unmöglichkeit aber von dem Schuldner her, so gelten besondere Grundsätze, je nach der Art, wie er für die Sorgfalt in Verkehrsverhältnissen einzustehen hat: ist nämlich die Unmöglichkeit auf den Mangel einer solchen Sorgfalt zurückzuführen, so tritt, wie bereits S. 29 erwähnt, an Stelle der unmittelbaren Leistung die mittelbare, an Stelle der Erfüllung Schadenersatz, und wenn die Unmöglichkeit eine teilweise ist, so gilt der Grundsatz, daß der Gläubiger eine sachlich teilweise, aber wirtschaftlich völlige Unmöglichkeit einer völligen sachlichen Unmöglichkeit gleichbehandeln kann, sodaß er in diesem Falle nicht etwa Schadenersatz für den sachlich unmöglich gewordenen Teil, sondern Schadenersatz für das wirtschaftlich unmögliche Ganze verlangen darf, § 280 B.G.B. Vgl. oben S. 44, 57, 71.

Bei Austauschverträgen treten besondere Gestaltungen ein, die später erörtert werden müssen (S. 248f.).

II. Verschlechterung durch Änderung der wirtschaftlichen Konjunktur ist keine Unmöglichkeit. Eine Haftung kann nur eintreten

1. aus anderen Gründen, wenn diese Verschlechterung durch eine vertragswidrige Handlung eingetreten ist, z. B. durch Verletzung der Treue, Offenbarung von Geheimnissen;

2. aus der Haftung für Verzeitung, wenn die Verschlechterung Folge dieser ist.

§ 28.

I. Wird die Leistung durch einen dritten in der Art unmöglich gemacht, daß zugleich ein Ersatzrecht des Schuldners

gegen diesen dritten entsteht, dann ist die Unmöglichkeit nur eine beschränkte: statt des Unmöglichen ist etwas Mögliches vorhanden, allerdings etwas, was mit dem Geschuldeten vielfach nicht übereinstimmt, was aber als Gleichwert gelten kann. Mithin kann der Gläubiger, wenn sonst das Schuldrecht durch Unmöglichkeit erlischt, diesen Gleichwert verlangen; so wenn er sonst keinen Ersatzanspruch hat; steht ihm aber gegen den Schuldner ein Ersatzanspruch zu, so hat er die Freiwahl, statt des Ersatzes diesen Gleichwert zu verlangen, der soweit er reicht, an Stelle des Ersatzanspruchs tritt; der Gleichwert ist der aus dem Vermögen des dritten erlangte Ersatz, den der Schuldner nun herauszugeben, oder der Ersatzanspruch, den der Schuldner nun abzutreten hat. Grundsatz des Gleichwertes!

II. Dies gilt, sobald von Seiten eines dritten ein Ersatz geleistet wird, sei es freiwillig, sei es gezwungen; es gilt, sobald auch nur eine Ersatzpflicht entsteht; gleichgültig ob Ersatz oder Ersatzpflicht auf Gesetz beruhen oder auf Rechtsgeschäft, z. B. auf Versicherung; nur muß es eben ein Ersatz sein, nicht etwa eine Gegenleistung, die dem Beschädigten aus einem mit dritten abgeschlossenen Geschäft zusteht, und eine etwaige ihm gebührende Vertragsstrafe kommt nur insofern in Betracht, als sie einen entsprechenden Ersatz in sich enthält. Dieses System, wonach der Gläubiger den Ersatz als Gleichwert behandeln kann, kommt sowohl dann in Betracht, wenn das Recht des Gläubigers auf den ganzen vom dritten zu ersetzenden Gegenstand geht, als auch dann, wenn nur auf einen Teil; so wenn der Gläubiger nicht den Gegenstand, sondern nur den Gebrauch des Gegenstandes zu fordern berechtigt ist: ist hier für den zerstörten Gegenstand ein Ersatz geleistet, so hat der Gläubiger ein Anrecht auf verhältnismäßigen Ersatzanteil, soweit dieser Ersatzanteil seinem Anrecht an dem zerstörten Gegenstand (und somit der unmöglich gewordenen Leistung) entspricht, § 281. Vgl. Anhang.

III. Der Gläubiger hat die Freiwahl. Wenn er daher die Abtretung will, so wird sein Ersatzanspruch gegen den Schuldner insofern verringert, als er hierdurch Ersatz erlangt oder, wie beizufügen ist, als er bei umsichtiger Ausübung des Anspruches Ersatz hätte erlangen können; denn es ist ein Gebot von Treu und Glauben, daß er das ihm vom Schuldner

gebotene Ersatzmittel mit Sorgfalt anwendet, vgl. § 842 Z.P.O. In gleichem Maße ist er zur Gegenleistung verpflichtet, § 323 B.G.B.

§ 29.

I. Von den Fällen der Unmöglichkeit wohl zu unterscheiden ist

1. der andere Fall, wenn zwar die Leistung möglich, aber das Versprechen an Voraussetzungen geknüpft ist, die nicht zutreffen. Man hat diesen Fall mit Fällen der Unmöglichkeit zusammenzukoppeln versucht, aber dadurch die ganze Schärfe der Betrachtungsweise preisgegeben. In der Tat läßt sich die Voraussetzungslehre auch hier nicht entbehren. So liegt keine Unmöglichkeit vor, wenn beispielsweise ein katholischer Geistlicher ein Buch veröffentlichen will, welches die Billigung seiner Oberen nicht findet, oder wenn ein Beamter eine Schrift drucken lassen möchte, die ihn, wie nachträglich erhellt, in seiner Beamtenlaufbahn schwer schädigen würde, oder wenn eine Epidemie ausbricht und infolgedessen ein Künstler, der auftreten soll, der Gefahr der Erkrankung preisgegeben ist.

Liegt aber in allen diesen Fällen keine Unmöglichkeit vor, so kann doch nach den Umständen die Sache so gestaltet sein, daß die Befreiung von dem Vertrag wegen mangelnder Voraussetzung angezeigt ist; so, wenn der Geistliche oder Staatsbeamte unter Umständen den Vertrag schloß, die erkennen ließen, es sei kein Widerspruch und kein Widerstand gegen den Willen der Vorgesetzten geplant, und die Darstellung sei in der Absicht erfolgt, sich innerhalb der dem nichtkämpfenden friedlichen Geistlichen oder Beamten gesetzten Schranken zu halten.[1]) Und was die Epidemie betrifft, so wird eine derartige Voraussetzung natürlich nicht zutreffen, wenn etwa jemand als Arzt oder als notwendiger Vertreter einer Gesellschaft an Ort und Stelle erscheinen sollte, während bei Vergnügungsleistungen, ja auch künstlerischen Darbietungen eine derartige Voraussetzung angenommen werden kann.

II. 2. Unmöglichkeit liegt nicht vor, wenn etwas im Bereich menschlicher Kräfte, wenn es aber nicht im Bereich der Kräfte des Schuldners liegt (Unvermögen). Man kann hiergegen

---

[1]) Vgl. § 35 Verl. Ges., worüber in meinem Lehrb. des Autor- und Verlagsrechts zu handeln ist.

nicht geltend machen, daß ja doch nur die Person des Schuldners, nicht auch die Kräfte dritter in Betracht kämen; denn es ist etwas wesentlich anderes, ob man über die normale menschliche Herrschaftsfähigkeit hinaus will, und etwas anderes, ob der Schuldner lediglich seine Kräfte überschätzt. Nicht der Umstand ist bedeutsam, daß andere Leute vollziehen können, was der Schuldner nicht zu vollziehen vermag, sondern das ist bedeutsam, daß hier die Verpflichtung innerhalb des Verkehrskreises bleibt, während das Unmögliche die Schranken des Verkehrs durchbricht; wozu noch kommt, daß die Frage, ob etwas über die Kraft menschlichen Könnens hinausgeht, ein allgemeines Urteil zuläßt, während vielfach der Gegner gar nicht bemessen kann, ob in der Person des Schuldners die Möglichkeit der Leistung gegeben ist oder nicht. Beides muß daher in der Behandlung des Rechts völlig getrennt werden. Entsprechend hat man früher zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit unterschieden; jetzt unterscheidet man zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen.

§ 30.

I. Das anfängliche Unvermögen wird nicht nach gleichmäßigen Grundsätzen behandelt,[1] sondern unterliegt einer verschiedenen Ordnung, je nach der Art der Verpflichtungen. Der Schuldner haftet hierfür nicht bei Freigebigkeitsgeschäften, er haftet aber bei Geschäften des Austausches; bei Gesellschaftsgeschäften bestehen wiederum Eigenheiten; alles dieses insbesondere dann, wenn das Unvermögen auf dem Mangel des zu übertragenden Rechts beruht.

Was dieses letztere angeht, so ist zu sagen: wer immer zur Veräußerung verpflichtet ist, hat sicherlich soweit zu veräußern, als es im Bereich seiner Möglichkeit liegt; hat er also ein mangelhaftes Recht, so muß er mindestens dieses übertragen, hat er einen Anspruch gegen dritte auf Zuwendung des Rechts, so ist er verpflichtet, dem Erwerber diesen Anspruch zukommen zu lassen. Vgl. § 2169. Dasselbe muß auch gelten, wenn infolge der Tatsache, welche das Unvermögen herbeiführt, ein Ersatz oder ein Ersatzanspruch entstanden

[1]) Vgl. auch O.L.G. Dresden 20. Januar 1903, Mugdan VI S. 231.

ist, vgl. §§ 281, 2169 B.G.B., d. h. der Grundsatz des Gleichwerts muß auch hier gelten.

II. Ob er noch mehr leisten muß, das hängt von der besonderen Art des Schuldverhältnisses ab. Bei Freigebigkeiten gilt in dieser Hinsicht gar keine Haftung;[1]) bei allen Austauschgeschäften, d. h. bei allen Geschäften, wo die Gegenstandsleistung gegen eine Gegenleistung erfolgen soll, wird das Versprechen so ausgelegt: ich verspreche dir das Recht absolut, ich verspreche es nicht etwa bloß, wenn ich es habe. Der Austauscher verspricht daher, daß der andere Teil das Recht erwerben wird: erwirbt er es nicht, dann ist das Zugesagte nicht geleistet, und dann treten die Grundsätze der Nichterfüllung ein; erwirbt er es, dann ist das Zugesagte geleistet, auch wenn die Erwerbung nur kraft des eigenen guten Glaubens des Erwerbers stattfindet; anders natürlich, wenn sie kraft des guten Glaubens stattfinden würde, wenn aber die Sache vor dem gutgläubigen Erwerb (z. B. auf dem Transport) untergeht. Doch sind alle diese Bestimmungen nachgiebigen Rechts, vorbehaltlich der Arglisthaftung, §§ 433, 443, 445. Auch gibt es Veräußerungen öffentlichen Rechts, bei denen keine Gewähr stattfindet, § 806 Z.P.O. und 56 Z.V.G.

III. Über Gattungschulden ist alsbald (S. 82f.) zu handeln.

IV. Der Austauscher hat aber nicht nur das Recht zu übertragen, sondern auch das volle Recht zu verschaffen, soweit nicht vertragsmäßig bloß ein teilweises oder beschränktes Recht überantwortet werden soll. Eine solche Beschränkung des Rechts kann insbesondere bestehen

1. in der Belastung mit dinglichen Rechten, oder auch

2. in der Belastung mit persönlichen Rechten, welche auf den Erwerber überspringen, so z. B. wenn ein Miet- oder Pachtverhältnis von ihm anzuerkennen ist, § 434. Sie liegt ferner

3. in relativen Belastungen, die wie eine zweite Rechtsordnung wirken, so z. B. in Einträgen im Grundbuch, denen kein Recht entspricht: auch von solchen muß der Eintauscher befreit werden, § 435.

4. Eine auflösende Bedingung ist eine Schmälerung des Rechts, auch eine solche, welche durch prozessualische Vor-

---

[1]) Über § 523 s. unten S. 84.

gänge herbeigeführt ist, so insbesondere durch das Aufgebot einer Urkunde zum Zweck der Kraftloserklärung, denn diese bewirkt eine Zerstörung des Rechts, wenn nicht gewisse prozessualische Vorgänge entgegentreten, die man dem Käufer nicht zumuten kann. Das Gleiche ist nicht der Fall, wenn lediglich eine Eigentumsklage in Bezug auf die Sache erhoben worden ist, denn hier handelt es sich um Eigentumsfeststellung, wobei allerdings der Richter sich irren und dem Käufer das Eigentum absprechen und wegnehmen kann; doch dies ist eine Folge zweckwidrigen Wirkens des Prozeßinstituts, während bei der Kraftloserklärung eine Änderung des Rechtszustandes nicht infolge richterlicher Irrtümer, sondern kraft der Natur des Rechtsverhältnisses eintritt; daher hat man mit Recht seit langer Zeit das Aufgebot zur Kraftloserklärung als einen Rechtsmangel anerkannt, so § 437; und wie ein solches Aufgebot, wirkt der strafprozessuale oder polizeiliche Beschlag.

V. Der Austauscher haftet für das zugesagte Recht; hat er daher ein Eigentum mit einer damit verbundenen Grunddienstbarkeit zugesagt, für diese; ebenso wenn er eine mit Sicherheiten versehene Forderung versprochen hat, für sie.[1])

VI. Er hat das volle Recht zu übertragen, das Recht, wie es sich gesetzlich gestaltet; daher nicht ein schrankenloses, sondern ein gesetzliches beschränktes Recht, weshalb er für gesetzliche Baubeschränkungen und andere Eigentumsschranken nicht einzustehen hat, auch nicht für Belastungen mit öffentlichen Abgaben u. dergl., § 436 B.G.B.

VII. Handelt es sich um ein Immaterialrecht, so haftet der Austauscher für das rechtliche Bestehen und dafür, daß keine Vorbenutzungsrechte, auch keine Licenzrechte gelten, soweit diese nicht bei der Veräußerung angekündigt werden.

Handelt es sich um Forderungen, so haftet der Austauscher für das Bestehen, für die Reaktionsfähigkeit und daher auch dafür, daß weder eine Anfechtungsbefugnis noch eine Einrede oder Aufrechnungsbefugnis besteht. Hierbei ist noch folgendes hinzuzufügen:

Die Abtretung einer nicht bestehenden Forderung ist nicht die Abtretung eines tatsächlichen Nichts, sondern sie ist

[1]) R.G. 30. Dez. 1903 Entsch. 56, S. 253, 255.

die Abtretung von etwas, worauf der Abtretende kein Recht hat. Eine Abtretung eines Nichts wäre nur dann gegeben, wenn der Schuldner nicht vorhanden wäre, oder wenn er nicht als Persönlichkeit vorhanden wäre; nur in diesem Falle würde der Abtretungsvertrag auf etwas Unmögliches gehen und wäre die Anwendung der Grundsätze über unmögliche Geschäfte angemessen. Ist der Schuldner vorhanden, dann ist eine Sollsphäre vorhanden, in der die Forderung bestehen kann: sie besteht dann vielleicht nicht in Wirklichkeit, aber sie ist nicht unmöglich; so auch §§ 437, 445.

VIII. Wird im Fall des Unvermögens nicht geleistet, was an Recht zu leisten ist, dann liegt eine Nichtleistung vor, und es treten die später (S. 86f., 251f.) zu erwähnenden Grundsätze über die Nichtleistung ein. Dies gilt bei unkörperlichen Gegenständen wie bei Sachen, bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen.[1]) Bei beweglichen Sachen kommt noch die Besonderheit in Betracht, daß der Verkäufer (Austauscher) nicht nur beim Rücktritt des Käufers (Eintauschers), sondern auch wenn dieser wegen des Rechtsmangels Schadenersatz begehrt, seine Leistung so lange zurückhalten kann, bis der Käufer das Nötige getan hat, um die fremde Sache ihrem Herrn zuzuführen, indem er sie entweder dem Eigentümer zurückgab, oder sie, sofern sie überhaupt noch vorhanden ist, dem Verkäufer zu diesem Zwecke anheimstellt, oder ihm den Anspruch auf Herausgabe gegen einen dritten abtritt, § 440.[2])

[1]) Das römische Recht hatte die Ungeheuerlichkeit, daß es beim Verkauf einer fremden Sache den Käufer solange ohne Hilfe ließ, bis der Eigentümer kam und sein Eigentum zurückforderte (evinzierte), dies mindestens dann, wenn der Verkäufer nicht arglistig gehandelt hatte. Diese Verfahrensweise des römischen Rechts hatte ihre geschichtlichen Gründe, die anderwärts dargelegt worden sind. Vgl. Ges. Abhandl. S. 224f. und Rabel, Haftung des Verkäufers S. 95f. Verwunderlich ist nur, daß man diese geschichtliche Besonderheit nicht als solche erkannt, sondern diesen Grundsatz auch in neuere Gesetzbücher übertragen hat. Eine rühmliche Ausnahme machte der Code civil mit seinem Artikel 1599, der allerdings nicht klar durchgedacht war.

[2]) Man hat geglaubt, daß auch eine Anfechtung des Geschäfts wegen Irrtum über die Eigentumsverhältnisse möglich sei. Das ist völlig verkehrt. Der Irrtum über das Unvermögen ist nie ein Geschäftsirrtum, welcher zur Anfechtung berechtigt; denn die Möglichkeit des

IX. Über die Gestaltung der Sache bei Teilung, Miete, Pacht, Gesellschaft muß in späterem Zusammenhang gehandelt werden (S. 262f.).

§ 31.

I. Von dem Unvermögen verschieden ist der Fall des Abgesperrtseins, wenn dem Schuldner einer Gattungssache zwar die Gattung zusteht, er jedoch von einzelnen Gattungssachen abgesperrt ist: das ist kein Unvermögen, sondern eine Unzugänglichkeit bezüglich der einzelnen vorhandenen Gattungsstücke. Diese Absperrung wird nicht in Betracht gezogen; denn da nicht eine bestimmte Sache, sondern die Gattung Gegenstand der Leistung ist, natürlich die Gattung in einer bestimmten Menge, so kümmert sich die Rechtsordnung nur darum, daß dem Schuldner die Gattung zusteht; alles weitere überläßt sie ebenso der Persönlichkeit des Schuldners, wie sie es ihr überläßt, ob sie sich mit den nötigen Hilfsmitteln versehen und die Zutrittswege zu den einzelnen Stücken der Gattung geebnet hat oder nicht. Die Arten und Weisen, wie man sich diesen Zutritt verschafft, sind so außerordentlich viele und die Zugänge von so unendlich zahlreichen mittelbaren und unmittelbaren Tätigkeitsformen abhängig, daß die Rechtsordnung in dieser Beziehung sich nicht in die Unendlichkeit der Lebensumstände einlassen kann.

II. Daher liegt hier ein Unvermögen des Schuldners nur dann vor, wenn ihm die Leistung in Bezug auf die ganze Gattung abgesperrt ist, nicht, wenn in Bezug auf das eine oder andere Stück der Gattung. Das besagt auch § 279. Ist daher die Gattung beschränkt, handelt es sich beispielsweise um die Früchte eines Baumes oder um die Erzeugnisse einer bestimmten Fabrik, dann ist ein Unvermögen des Schuldners gegeben, sobald ihm nichts von diesen Gegenständen zu Gebote steht, weil der Eigentümer der ganzen Gattung nichts von ihnen weggibt. Das Gleiche gilt dann, wenn etwa infolge eines Ausfuhrverbotes die ganze Gattung unzugänglich ist; das Gleiche auch dann, wenn zwar noch

Leistens wird so allgemein im Rechte vorausgesetzt, daß darauf sich die Vertragsvereinbarung gar nicht bezieht und mithin hier von einer Abirrung der Vertragserklärung gar nicht die Rede sein kann. Vgl. Kammergericht, 29. Okt. 1900, Mugdan II S. 282.

Stücke der Gattung zu haben, aber doch nur mit außergewöhnlicher Schwierigkeit zu beschaffen sind, z. B. von einem Erzeugnis, das nicht mehr hergestellt, von einem Buch, das nicht mehr gedruckt wird.[1]) Ganz anders aber, wenn die Gattung sich über das ganze Land oder über die ganze Erde erstreckt: dann steht sie dem Schuldner offen, und er kann sich nicht damit ausreden, daß er Einzelstücke nicht bekommen könne. Das gilt

1. von den unmittelbaren Gattungsschuldverhältnissen, insbesondere von den Geldschuldverpflichtungen im Sinne der Wertverpflichtungen. Geld im Sinne eines durch Geld zu deckenden Wertes steht immer dem Erwerb offen: bei einer Geldverpflichtung kann sich niemand damit entschuldigen, daß er erklärt, Stücke aus der Gattung „Geld" nicht zu besitzen. Dies findet aber auch Anwendung

2. auf die mittelbaren Gattungsschuldverhältnisse, sofern nämlich der Schuldner etwas leisten soll, was man gegen Geld erlangen kann, so insbesondere eine Tätigkeit, die im Verkehr gegen Geld feil ist, bei der also die Person des Schuldners nicht wesentlich in Betracht kommt. Denn wo seine Person wesentlich ist, da handelt es sich um eine Leistung, die anderwärts, d. h. außerhalb seines persönlichen Tuns, nicht verwirklicht werden kann; steht aber eine sog. vertretbare Leistung in Frage, dann muß auch hier gesagt werden, daß ein Unvermögen des Schuldners nicht vorliegt: da ihm ja Geld zusteht, steht ihm auch dasjenige zu, was man um Geld erreichen kann. Ein mittelbares Gattungsschuldverhältnis liegt auch insofern vor, als der Schuldner ein Hemmnis seiner Leistung durch Geldzahlung hätte abwenden können und ihm die Mittel fehlen; so insbesondere wenn ihm ein zu liefernder Gegenstand, den er zu Eigen besaß, kraft Zwangsvollstreckung entzogen worden ist: dafür muß er aufkommen: durch Geldleistung hätte er die Vollstreckung vermeiden und sich den Gegenstand wahren können; daß er die Geldmittel nicht hatte, kommt nicht in Betracht.

III. Daher ist auch die Behandlung des fremden Eigentums bei den Gattungssachen eine andere: es ist des Schuldners

[1]) Denn auch hier gelten die obigen Grundsätze von der Unmöglichkeit (S. 69), R.G. 23. Febr. 1904 Jur. Z. IX S. 459.

Aufgabe, sich ein geschuldetes Stück zu erwerben; und ist die eine Sache, die er erwirbt, eine fremde, so hat er eine andere zu erwerben, und ist ihm die Gattung gesperrt, so gilt das Entwickelte.

Nur bei den Freigebigkeiten tritt auch hier eine Milderung ein: es genügt, wenn der Schuldner einen solchen Erwerb versucht hat und dabei nicht in grober Fahrlässigkeit gewesen ist: hat er bei einem derartigen nicht grob fahrlässigen Versuche trotzdem eine fremde Sache erworben, so kann er nicht weiter in Anspruch genommen werden. Anders im Fall der groben Fahrlässigkeit; anders natürlich auch dann, wenn er beim Erwerb sogar von dem Nichteigentum der Sache gewußt hat, § 523.[1])

§ 32.

I. Das nachfolgende Unvermögen wird in der Regel wie eine nachfolgende Unmöglichkeit behandelt, § 275. Mit Recht; denn wenn der Schuldner gehalten ist, keine Verpflichtung einzugehen, die sein „Vermögen“ übersteigt, so verhält es sich anders mit einem ohne sein Zutun entstehenden nachträglichen Unvermögen: schlägt ihn das Schicksal, so schlägt es zugleich insofern den Gläubiger. Im Fall der Verschuldung tritt natürlich auch hier ein anderes ein: dann gilt dasselbe, wie bei der nachfolgenden Unmöglichkeit. So in allen Fällen, wo der Schuldner das Unvermögen zu vertreten hat, vor allem auch, wenn ihm der Gegenstand durch Zwangsvollstreckung abhanden gekommen ist (S. 83).[2])

[1]) Allerdings beschränkt sich § 523 scheinbar nicht auf Gattungssachen, und die Fassung steht in dieser Hinsicht sogar im Gegensatz zu § 524; allein nur bei der Beschränkung auf Gattungssachen kann die Bestimmung einen zutreffenden Sinn gewinnen. Denn was will es sonst heißen, daß jemand bei Erwerb eines Sondergegenstandes haften muß, wenn er den Rechtsmangel kannte oder bezüglich der Kenntnis in grober Fahrlässigkeit war? Erkennt er die Fremdheit des Gegenstandes, so hat er zu suchen, ihn vom Berechtigten zu erwerben; gibt dieser ihn nicht oder nur zu einem unverhältnismäßigen Preis heraus, was soll dann die Norm seines Tuns sein? Soll man sagen, er habe zu haften, wenn er aus Arglist oder grober Fahrlässigkeit nicht das Nötige getan hat, um den Eigentümer umzustimmen und zur Übergabe zu veranlassen? Aber dies ist doch ein höchst fragliches Beginnen: Sondergegenstände, die in fremdem Vermögen sind, zu erwerben, ist eben Sache des Zufalls.

[2]) Vgl. R.G. 1. April 1903 Jur. Woch.Beil. XXXII N. 159.

II. Bei Gebrauchsüberlassungsverträgen wird die nachträgliche Störung des Mieters durch ein bereits früher vorhandenes (dem Mieter unbekanntes) Recht als nachträgliches Unvermögen und darum wie eine nachträgliche Unmöglichkeit behandelt, aber wie eine Unmöglichkeit, welche der Gebrauchsüberlassende stets zu vertreten hat. Vgl. im übrigen S. 262.

b) Verzeitung und Verzug.

§ 33.

I. 1. Eine verspätete Leistung ist entweder eine einfach „verzeitete“ oder eine schuldhaft „verzeitete“; bald kommt die einfache Verzeitung in Betracht, bald nur die schuldhafte; aber auch innerhalb dieser Kategorien sind die Folgen wesentlich verschieden.[1])

2. Möglicherweise ist die Zeit so bedeutsam, daß eine verzeitete Leistung ohne weiteres unmöglich ist, weil sie in ihrem ganzen Charakter durch besondere Umstände bestimmt wird, die nur in einem bestimmten Zeitpunkte eintreten, z. B. das Darbieten der Aussicht bei einem Festzug oder eines Platzes bei einer Theateraufführung; hier ist eine spätere Leistung einfach unmöglich, und weder kann der eine Teil nachträglich die Leistung verlangen, noch der andere Teil sie nachträglich anbieten.

3. Möglicherweise ist die Zeit so bedeutsam, daß eine spätere Leistung für den Gläubiger nach den Bestimmungen des Geschäfts unbrauchbar, wenn auch nicht unmöglich ist; in solchen Fällen entspricht die spätere Leistung zwar nicht dem durch den Gläubiger beabsichtigten Zweck, allein er ist selbst der Wächter seines Zwecks, und darum steht es in seinem Befinden, ob er nicht trotzdem die verspätete Leistung annehmen will oder nicht; dies kommt in der Art zum Ausdruck: der Gläubiger hat in solchem Falle ein Rücktrittsrecht, § 360. Vgl. S. 45f.

Das ist besonders der Fall bei den sog. Fixgeschäften, d. h. solchen, bei denen im Geschäft ausdrücklich bestimmt ist, daß der Gläubiger eine spätere Leistung als unbrauchbar behandeln dürfe, § 361 B.G.B., § 376 H.G.B.

---

[1]) Vgl. R.G. 24. April 1902 Seuffert 57, No. 236.

4. Möglicherweise kommt zwar auch die bloße Verzeitung in Betracht, aber nicht in dieser gesteigerten Weise, wohl aber so, daß der Gläubiger unter Umständen, meist nur nach erfolgter fruchtloser Fristsetzung (Setzung einer angemessenen Frist, oben I S. 344) ein Rücktrittsrecht hat; so beim Werkvertrag, § 636 und bei dem dem Werkvertrag ähnlichen Verlagsvertrag, § 30 Verlagsgesetz, sofern ein erhebliches Interesse vorliegt; es besteht aber auch allgemein ein Rücktrittsrecht, wenn der Schuldner zur Leistung rechtskräftig verurteilt ist und eine ihm gesetzte Frist verstreichen läßt, §§ 283, 325.

II. Von diesen Fällen verschieden sind diejenigen, wo nicht die bloße Verzeitung maßgebend ist, sondern die eigenartig verschuldete Verzeitung, welche man Verzug nennt, § 285. Die Folgen dieses Verzugs können wieder sein

1. Verpflichtung zum Ersatz des Verspätungsinteresses; bei Geldschulden unter allen Umständen mindestens gesetzliche Zinsen (außer bei Schenkungsschulden), §§ 286, 288, 290, 522;

2. eine unbedingte Rücktrittsbefugnis in dem Fall, wenn die verzeitete Leistung für den Gläubiger unbrauchbar wird, §§ 286, 326, oder kraft Vertrags als unbrauchbar gilt, § 455;

3. sodann allgemein die Befugnis zum Rücktritt oder die Befugnis zur Umwandlung der Leistung in Schadenersatz bei Austauschverhältnissen nach erfolgter Fristsetzung; hierher kann auch gerechnet werden, daß, — im Fall der Nichtleistung nach rechtskräftigem Urteil, — zu dem obigen Rücktrittsrecht noch das Recht auf Schadenersatz hinzutritt, aber nur dann, wenn die Nichtleistung eine verschuldete ist, §§ 326, 283.

III. Der Verzug des Schuldners setzt ein Verschulden voraus, er tritt daher

1. dann nicht ein, wenn der Schuldner in schuldloser Unkenntnis der Verpflichtung oder im schuldlosen Glauben an ihr Nichtvorhandensein die Erfüllung verweigert oder unterläßt. Der Begriff des Verzuges ist ein subjektiver, kein objektiver, weshalb vielfach selbst nach Klageerhebung noch kein Verzug eintritt, weil der Schuldner gerechtfertigte Gründe hat, an das Nichtvorhandensein der Verpflichtung zu glauben. Vor allem liegt dann kein Verzug vor, wenn der Gläubiger selber die Unkenntnis des Schuldners veranlaßt hat, so wenn er

ihm keine Rechnung einreicht, oder wenn er das für die Geltendmachung der Schuld nötige Wertpapier nicht vorlegt, ihm nicht die nötige Anzeige macht usw., § 285.

2. Im Verschulden ist der Nichtleistende nur dann, wenn die Erfüllung nicht rechtlich in sein freies Belieben gestellt ist, denn Belieben und Verschulden schließen sich aus; daher liegt kein Verzug vor bei Reaktionsunfähigkeit der Forderung.

3. Der Verzug setzt vertretbares Verschulden voraus, und zwar vertretbares Verschulden nach Maßgabe des Vertragsverhältnisses. Wenn daher jemand bloß für grobe Fahrlässigkeit oder für Eigensorgfalt haftet, so ist auch ein Verzug nur dann gegeben, wenn die Verzögerung auf einer solchen Schuld beruht, was insbesondere bei der Schenkung von Bedeutung ist; denn wenn § 522 den Schenker von den Verzugszinsen befreit, so ist dabei vorbehalten, daß die übrigen Folgen des Verzuges auch ihn treffen.

4. Dem Verschulden steht bei Gattungsverpflichtungen das subjektive Abgesperrtsein von der Gattung gleich (oben S. 82).

IV. Der Verzug liegt vor, 1. wenn die Zeit der Erfüllung fest bestimmt ist: die Zeitbestimmung muß kalendermäßig sein, § 284; 2. wenn sie nicht fest bestimmt ist, aber es entweder a) einer solchen Bestimmung nicht bedarf, da der Schuldner ernstlich die Leistung verweigert, oder b) wenn eine solche Bestimmung durch eine festlegende Erklärung des Gläubigers nachgeholt wird, durch Mahnung, § 284.

V. Die Mahnung ist eine formlose ankunftsbedürftige Erklärung (oben I S. 538), sie kann natürlich auch durch Klage erfolgen, durch Geltendmachung eines vollstreckbaren Titels, durch Fortführung eines liegengebliebenen Prozesses. Sie muß eine Mahnung sein durch den Druck des vorhandenen Rechtes; daher kommt sie

1. nur in Betracht, wenn sie nach der Fälligkeit stattfindet, § 284, und wenn sie stattfindet zur Zeit, wo der Gläubiger Erfüllung zu beanspruchen hat, also in der Periode der Reaktionsfähigkeit;[1])

---

[1]) Also nicht, wenn der Erbe des Schuldners sich noch innerhalb der Frist des § 2014 bewegt, Kammergericht 18. April 1901 Mugdan II S. 388.

2. sie kommt nur in Betracht, wenn der Gläubiger in der Lage ist, die Erfüllung in Empfang zu nehmen, denn sie soll so gestaltet sein, daß es auf den Schuldner fällt, wenn die Leistung nicht erfolgt; weshalb beispielsweise eine Mahnung, ein Fresko zu malen, auf eine Zeit hin, wo die Mauer noch gar nicht gebaut oder dem Fresko angepaßt ist, vollkommen fruchtlos wäre; und ebenso muß die Mahnung zur Mitwirkung bei der Auflassung eine Mahnung sein auf einen dieser gerichtlichen Tätigkeit offenstehenden Termin.[1])

3. Sie kommt nur in Betracht, wenn eben das verlangt wird, was man zu verlangen berechtigt ist. Wird mehr verlangt, so kann das Mehr die Wirkung der Mahnung vernichten, sofern daraus hervorgeht, daß der Gläubiger nur die Leistung mit dem „Mehr" annehmen wird.[2])

VI. Der Verzug hat außer den Verzeitungsfolgen noch weitere schwere Folgen für den Schuldner; denn

1. durch den Verzug steigert sich die Schuldhaftung in der Art, daß der Schuldner nunmehr für alles Verschulden einzustehen hat, so § 287;

2. ja, sie steigert sich bis zur Zufallshaftung, wenn der Verzug die Bedingung für den Untergang des Gegenstandes gewesen ist (sofern dieser im Fall der verzugslosen Leistung nicht untergegangen wäre), sei es, weil beim Gläubiger die Untergangsgründe nicht vorhanden waren, sei es, weil anzunehmen ist, daß er den Gegenstand verwertet und sich von der Gefahr des Untergangs befreit hätte, § 287.

VII. Die Verzugsbestimmungen finden auch Anwendung auf die Verpflichtung zur Unterlassung: allerdings nicht unmittelbar, sondern analog; denn bei Unterlassung kann von einer Verzeitung nicht die Rede sein, sondern nur von einer Zuwiderhandlung (oben S. 42); und die Frage, ob eine einfache Zuwiderhandlung schon das Rücktrittsrecht gewährt, muß nach Rechtsähnlichkeit des § 326 entschieden werden: es ist dann der Fall, wenn eine einmalige Zuwiderhandlung den Interessen des Gegners so widerspricht, daß der wesentliche Zweck des Schuldverhältnisses dadurch verfehlt ist; sollte dies nicht der Fall sein, so ist anzunehmen, daß nur eine nochmalige

---

[1]) R.G. 4. Juni 1904 Seuffert 59, No. 231.

[2]) R.G. 8. Januar 1904 Seuffert 59 No. 219.

Zuwiderhandlung nach erfolgter Abmahnung den Gläubiger zum Rücktritt berechtigt; vgl. §§ 550, 553, 1054, 1217 B.G.B. Vgl. S. 40 und 254f.

VIII. Eine gewisse Steigerung erfahren die Folgen der Verzeitung auch durch die Rechtshängigkeit; da aber diese Steigerung bei Ansprüchen überhaupt, nicht bloß bei Ansprüchen des Schuldrechts eintritt, so ist darüber bereits im allgemeinen Teil gehandelt worden (I S. 217).

2. Leistung als rechtliche Leistung.

a) Leistung innerhalb der Rechtssphäre.

§ 34.

I. Innerhalb des Schuldrechts kann immer nur das sein, was in die Rechtsordnung fällt. Davon ist bereits oben I S. 10 gesprochen worden. Lebensverhältnisse, die durch die Rechtsordnung nicht erfaßt werden, indem die Rechtsordnung sie unter allen Umständen der persönlichen unbewachten Freiheit überlassen will, können nicht auf dem Wege des Schuldrechts in die Rechtsordnung hineingezogen werden, weder unmittelbar noch mittelbar. Daher versteht sich von selber, daß, wo unsere Lebensanschauung nur Anstand, Moral, freiwillige Liebe wirken läßt, von einer Rechtspflicht nicht die Rede ist, und ebenso wenn jemand in seinem eigenen Interesse etwas zu tun verspricht (z. B. im Interesse seiner Gesundheit): denn die Sorge für sein eigenes selbst muß nach unserer Kulturordnung jedem überlassen bleiben, sofern nur der Mensch noch leidlich normal ist. Die bisherige Unsicherheit in diesem Punkte rührte daher, daß man die ganze Lehre nur bei den Verpflichtungen erörterte, während sie zu dem ersten Abschnitt der Rechtslehre gehört und da behandelt werden muß, wo der Kreis der Rechtsordnung von anderen Gebieten des Kulturlebens auszuscheiden ist.

II. Völlig unrichtig ist die Anschauung, welche alles an das Vermögen hängt und eine Verpflichtung nur innerhalb des Vermögenskreises als rechtlich wirksam anerkennt. Sofern man behauptet hat, daß es ohne diese Abscheidung untunlich sei, die Rechtspflicht von anderen Pflichten zu trennen, so kann darüber hinweggegangen werden; denn wenn man

nicht in der Lage ist, die Rechtsordnung von anderen Ordnungen zu lösen und die Grenzen dieser Rechtsordnung zu erfassen, so muß das Verständnis dieser Kulturerscheinungen von Anfang an unrichtig sein; in der Tat läßt sich aber dieser Unterschied genau feststellen, allerdings nicht für alle Zeiten, wohl aber für einen bestimmten Kreis der geschichtlichen Entwicklung und des geschichtlichen Seins eines Volkes. Daß übrigens der Streit praktisch durchaus nicht so wichtig ist, wie man auf den ersten Blick annehmen könnte, habe ich anderwärts gezeigt;[1]) denn man kann jedenfalls nicht verlangen, daß das Vermögensinteresse ein Vermögensinteresse des Gläubigers ist, was schon darum verfehlt wäre, weil wir Schuldverhältnisse zu Gunsten dritter kennen. Und andererseits liegt vielfach ein Vermögensinteresse vor, wo man früher ein Vermögensinteresse leugnete, weil man den Vermögensbegriff ehedem in einer völlig ungenügenden Weise auffaßte.[2]) Daß z. B. ein augenblickliches Vergnügen, für das jemand Tausende gibt, kein Vermögensinteresse darstelle, gehört zur unrichtigen Vermögenswertung alter Zeiten; Vermögensleistung ist eben auch eine Genußleistung, die man erkauft und daher als vermögenswertig behandelt, nicht bloß eine Leistung der Vermögensmehrung. Die Vorstellung, welche das Vermögen nur in seiner fortzeugenden Kraft kannte, ist längst beseitigt.

III. Objekt des Schuldrechts kann aber auch eine Leistung sein, die im Leben nicht als Geldeswert gilt, sofern sie nur nach den Anschauungen unserer Kulturordnung einen Angriffspunkt des geschäftlichen Verkehrs bilden kann; so die Unterlassung von Handlungen, welche nach gewisser Seite hin verletzen, Gefühle zur Empörung bringen oder soziale Schäden erzeugen. Inwiefern ein derartiges Versprechen in die Zukunft wirken kann, inwiefern eine solche Bindung nicht den Geboten der persönlichen Freiheit widerstrebt, ist eine andere Frage; aber für einige Zeit ist eine derartige Verbindlichkeitsübernahme möglich; so namentlich von Seiten der Mitglieder eines Vereins. (Vgl. oben I S. 361.) Warum wir trotzdem das Schuldrecht als Teil des Vermögensrechts behandeln, ist oben (S. 2) ausgeführt worden.

[1]) Zwölf Studien zum B.G.B. S. 1f.

[2]) Vgl. hierüber Enzykl. I, S. 645f.

IV. Übrigens ist es mitunter statthaft, etwas, was dem freien Lebensverkehr angehört, in beschränktem Maße in den Kreis des Rechts zu rücken, dadurch, daß man eine kleine Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung ausbedingt; so was das Erscheinen zu einer geselligen Zusammenkunft betrifft. Widerstrebt es der Rechtsordnung, solche Interessen in das Gebiet des rechtlichen Sollens zu rücken, so widerstrebt es ihr nicht, sie mit einem gelinden Zwang zu versehen; doch darf der Zwang nur ein mäßiger sein: eine Vertragstrafe von 1000 Mk. für den Fall, daß man nicht zu einem Festessen käme, wäre unwirksam.

Dagegen gibt es Erscheinungen des Lebens, die auch nicht einmal unter geringe Vertragsstrafe gesetzt werden dürfen; so z. B. die Verhältnisse unter Ehegatten oder die gewöhnlichen Anstandspflichten unter den Menschen, wie z. B. wenn für jedes Scheltwort unter Familienmitgliedern eine Vertragsstrafe, etwa an einen Armenfonds, bestimmt wäre. Eine derartige „Pönalisierung“ des täglichen Lebens, eine Erzwingung der anständigen Lebensbeziehungen auf diesem Wege würde unserer ganzen sittlichen Anschauung widersprechen.

Eine Sonderbestimmung ist es, daß die Verlobung nicht durch Vertragsstrafe zum Ehezwang verschärft werden darf, § 1297. Dies gehört in das Familienrecht.

b) Leistung als vernünftige Leistung.

§ 35.

I. Es versteht sich von selber, daß Leistung wie Unterlassung zunächst einen vernünftigen Inhalt haben müssen und sodann einen solchen, der unserer heutigen Gesellschaftsordnung nicht widerspricht. Wer sich also verpflichtet zu irgend welcher Handlungsweise, die ihn nur lächerlich machte oder erniedrigte, unterliegt einem Rechtszwang nicht. Daher wäre beispielsweise auch die Verpflichtung zu einer Sühnetätigkeit, wodurch jemand irgend welche demütigenden Gebräuche auf sich nähme, in keiner Weise zu erzwingen, und ebensowenig die Vertragsbestimmung, worin man sich für den Fall eines Tuns oder Nichttuns einer Freiheitsberaubung unterwürfe.

II. Vernünftig ist die Übernahme einer Leistung, wenn sie im großen und ganzen übersehen werden kann und, falls sie einen weiten Umfang hat, ihr Umfang durch einen bestimmten Kreis menschlicher Interessen begrenzt ist. Wie die Z.P.O. bestimmt, daß eine Zuständigkeitsvereinbarung oder ein Schiedsvertrag sich auf bestimmte Rechtsverhältnisse beschränken muß, §§ 40, 1026 Z.P.O., so ist es zwar statthaft, Bürge zu sein für alle aus einem begrenzten Rechtsverhältnis hervorgehenden Verpflichtungen, aber nicht, Bürge zu sein für alle Verbindlichkeiten, welche zu Lasten einer bestimmten Person im Laufe der Jahre entstehen werden. Vgl. oben I S. 503.

Dem entspricht auch folgender Satz:

Ein Vertrag, der auf Übertragung eines künftigen Vermögens oder eines Bruchteils hiervon geht, ist nicht gestattet (§ 310); auf solche Weise wäre die Erwerbstätigkeit eines Menschen völlig gebunden. Das gilt aber auch, wenn der Vertrag sich nicht auf einen unmittelbaren Bruchteil des Vermögens, wohl aber auf eine Vermögensmasse bezieht, die von dem Rechte als Gesamtheit behandelt wird, z. B. auf das künftige Handelsvermögen.

c) Leistung als erlaubte Leistung.

§ 36.

I. Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, sofern und soweit es eben gerade ein Ergebnis herbeiführen will, welches das gesetzliche Verbot verhindern soll, § 134;[1]) es ist nichtig, jedoch vorbehaltlich der Haftung des Versprechenden für das negative Interesse, wenn er den Verstoß gegen das gesetzliche Verbot erkannt hat oder aus Fahrlässigkeit nicht erkannt hat, sofern nur auf der Seite des andern nicht ein gleiches Kennen oder ein gleiches Kennensollen vorlag, §§ 307, 309.

---

[1]) Z. B. ein Vertrag über Mitführung von Kindern unter 14 Jahren bei Wandergewerben, § 62 Gew.O., über Beschäftigung von Kindern bei theatralischen Aufführungen oder in Gastwirtschaften, §§ 6, 16 des Gesetzes über Kinderarbeit, ein Vertrag gegen § 141 Unfall Vers.G. oder § 180 Invaliden V.G., gegen § 780 H.G.B., § 134 Gew.O. u. a.

II. Daraus geht hervor, daß ein Geschäft nicht dann nichtig ist, wenn es zwar in ein gesetzliches Verbot hinüberspielt, aber in seinem Inhalt den Zwecken dieses Verbots nicht widerspricht. Es wäre daher ein Geschäft nichtig, welches dahin abzielte, daß mir jemand gegen das Verbot der Sonntagsruhe Dienste leisten solle; wenn aber, dem Verbot der Sonntagsruhe widersprechend, Geschäfte abgeschlossen werden, so steht ihrer Gültigkeit der Umstand nicht im Wege, daß bei ihrem Abschluß eine gesetzliche Bestimmung übertreten worden ist.[1]) Ebenso wäre ein Geschäft, wonach jemand Aktien im Umherziehen veräußern solle, ungültig, dagegen der Verkauf von Aktien im Umherziehen ist gültig und wirksam.[2]) Ebenso wäre ein Vertrag, wonach Gläubiger gegen § 241 K.O. begünstigt werden sollen, nichtig, dagegen ist eine derartige Begünstigung selbst nur insoweit anfechtbar, als die Grundsätze der Schuldanfechtung es erheischen.[3]) Ebenso wäre ein Vertrag über gesetzlich verbotene Überstunden nichtig, gültig dagegen ist die Verpflichtung zur Vergütung, wenn die Überstunden geleistet wurden.[4]) Vgl. I S. 555.

III. Ein Umgehungsvertrag steht dem unmittelbaren Zuwiderhandlungsvertrag gleich.[5])

IV. Ein Vertrag mit zeitweilig verbotenem Inhalt ist gültig, wenn er für die Zukunft abgeschlossen wird und zur maßgebenden Zeit der Inhalt nicht mehr verboten ist, §§ 308, 309.

d) Leistung als sittliche Leistung.

§ 37.

I. Wie bereits oben (I S. 13f.) erwähnt, kann die Rechtsordnung nicht dahin wirken, daß die Menschen ihre Rechte und Befugnisse stets in sittlicher Weise anwenden, allein sie kann bewirken, daß keine Rechtsverhältnisse entstehen, welche gegen das Sittengebot verstoßen: ein gegen das Sittengebot verstoßendes Geschäft ist nichtig, § 138.

---

[1]) Vgl. Enzyklopädie I S. 642f. Hier auch über die Lotterieverträge.
[2]) Vgl. O.L.G. Kiel, 13. April, 1904, Mugdan IX, S. 279.
[3]) Vgl. O.L.G. Breslau, 7. Mai 1902, Mugdan V, S. 102.
[4]) Gewerbegerichtliche Entsch. bei Warneyer B.G.B. zu § 612.
[5]) Enzyklopädie I S. 648.

II. Eine Rechtshandlung verstößt aber nicht nur dann gegen die Sittlichkeit, wenn ihr Inhalt etwas Unsittliches enthält, sondern auch dann, wenn das daraus entstehende Recht für die Unsittlichkeit verwendet werden soll, sofern nur über diese Verwendung bei sämtlichen Beteiligten völliges Einverständnis herrscht. Die Rechtsordnung wäre ohnmächtig, wenn die Parteien die Sittlichkeitsvorschriften, welche das Gesetz bei der Rechtsbildung zu berücksichtigen gebietet, dadurch bei Seite schieben könnten, daß sie, etwas neutrales zum Gegenstand des Rechts machend, allerseits beabsichtigten, damit etwas Unsittliches herbeizuführen. Ob also die Parteien mit einander vereinbaren, daß Waren geschmuggelt werden sollen, oder ob sie bloß eine Beförderung der Waren vereinbaren, dabei aber beiderseits die Absicht der Schmuggelei haben, macht rechtlich keinen Unterschied, und ebenso, wenn zwei Parteien einen Kaufvertrag bezüglich eines Hauses abschließen, ohne einen unsittlichen Zweck zum Gegenstand des Vertrages zu machen, aber beiderseits beabsichtigen, daß es zum Haus der Unsittlichkeit werde. Man kann hier füglich von einer mittelbaren Unsittlichkeit sprechen.[1])

III. Das eine oder andere aber ist nötig, um ein Rechtsgeschäft zum unsittlichen zu machen: entweder muß es unmittelbar auf das Unsittliche hinzielen, oder es müssen sämtliche an dem Rechtsgeschäft beteiligte Personen die Absicht haben, einen sittenwidrigen Einfluß auszuüben. Dagegen liegt keine Unsittlichkeit vor, wenn ein Recht oder Rechtsverhältnis zu unsittlichen Zwecken verwendet werden **kann**; denn, wie früher bemerkt, mischt sich die Rechtsordnung nicht in die sittliche oder unsittliche Art und Weise, in welcher der Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch macht. Sie kann darum auch die Möglichkeit des Mißbrauchs bei der Bildung des Rechts nicht als entscheidend annehmen, dies umsoweniger,

---

[1]) Hier wird oft in der seltsamsten Weise gefehlt: Unsittlichkeit soll nur vorliegen, wenn ein übermäßiger Preis bezahlt, oder wenn der Unzuchtsbetrieb garantiert wird! Unrichtig O.L.G. Köln, 14. Mai 1902, Mugdan V, S. 109, O.L.G. Hamburg, 27. Nov. 1903, ib. VIII, S. 424. Treffend dagegen R.G 21. Jan. 1903, Z. franz. Ziv. R. XXXIV, S. 449, wonach ein Darlehn zu Bordellzwecken nichtig ist.

als ja die Absicht des Gebrauchs oder Mißbrauchs jeden Augenblick wechseln kann.[1])

IV. Die Unsittlichkeit des § 138 ist eine Unsittlichkeit des Geschäftsinhalts, nicht eine Unsittlichkeit in dem Geschäftsabschluß, weshalb das Geschäft nicht etwa deswegen nichtig ist, weil beim Geschäftsabschluß Betrug im Spiel war. Hierfür gelten andere Grundsätze.

V. Gegen die Sittlichkeit verstößt aber[2])

1. ein Geschäft, das die Heiligkeit des Staates und der Erfüllung der Staatsaufgaben verletzt. Dahin gehört vor allem die Verletzung des Beamtenverhältnisses durch Bestechung oder durch Bezahlung geschuldeter Dienste; sodann die Einwirkung in das Walten der staatlichen Körperschaften durch Erregung selbstsüchtiger Motive, weshalb auch Suggestionsverträge, d. h. Verträge in der Art, daß etwa auf Abgeordnete in einer nicht sachlichen, sondern persönlichen Weise eingewirkt werden soll, nichtig sind; ebenso nicht bloß Wahlbestechungen, sondern auch mittelbare Einwirkungen auf die Wahlen durch persönliche Eigensuchtsbeeinflussungen, z. B. durch Bewirtung oder Zuwendung anderer persönlicher Vorteile; dies auch, wenn der auf solche Weise Begünstigte kein Versprechen abgibt, sondern lediglich „kaptiviert“ werden soll.[3])

Nichtig sind auch Schmuggelverträge, nicht nur gegenüber dem Inland, sondern auch gegenüber dem Ausland.[4])

Nichtig sind endlich alle Verträge, bei welchen die Strafjustiz verhandelt wird: Verträge über Nichtanzeige, über Einwirkung auf die Untersuchungsführung usw.[5])

---

[1]) Daher hat man richtig erkannt, daß ein Kauf im Ausland, welchen man mit der Absicht abschließt, nachher ein Einfuhrverbot zu umgehen, nicht ohne weiteres nichtig ist; denn diese Absicht des Käufers wird für den Verkäufer regelmäßig kein bestimmendes Moment sein: es wäre nur dann anders, wenn der Verkäufer an der Umgehung des Einfuhrverbotes sich in irgend einer Weise beteiligte, O.L.G. Hamburg, 10. Juli 1903, Mugdan VII, S. 459.

[2]) Zum folgenden vgl. meine „Ideale im Recht“ mit einer großen Reihe von Belegen, auf die ich verweise.

[3]) O.L.G. Darmstadt 4, Mai 1902, Z. franz. Ziv.R. XXXIII, S. 538.

[4]) R.G. 2. Dez. 1903, Entsch. 56, S. 179.

[5]) R.G. 30. Mai 1904, J.W. XXXIII, S. 404, O.L.G. Marienwerder 9. Mai 1902, Mugdan V S. 110.

2. Unsittlich sind die Verträge gegen die Freiheit des religiösen Lebens, gegen die Heiligkeit des Geschlechtslebens, der Ehe, des Familienlebens, weshalb sexuellunsittliche Verträge unter allen Umständen nichtig sind. Was Verträge unter Ehegatten über ihre ehelichen Beziehungen betrifft, so unterliegen sie den Grundsätzen des Familienrechts und sind darum im Familienrecht zur Darstellung zu bringen.

3. Unsittlich sind Verführungsverträge, insbesondere Verträge zur Förderung des Spiels; denn auch soweit das Spiel nicht unsittlich ist, ist es unsittlich, den Spieltrieb, der so leicht ausarten kann, zu unterstützen. Daher kann ein Auftrag, zu spielen, nicht als rechtsverbindlich betrachtet werden, auch nicht in der Art, daß die daraus hervorgehende Geschäftsbesorgung einen Anspruch hin oder wieder erzeugt, und ebenso ist ein Darlehn, das bestimmungsgemäß die Mittel zum Spiel gewähren soll, als unsittlich und darum nichtig zurückzuweisen.[1])

4. Nichtig sind die Verträge gegen die Freiheit des wirtschaftlichen Lebens, soweit diese ein Gebot unserer sozialen Entwicklung ist. Das schließt nicht aus, daß im wirtschaftlichen Kampfe die Personen sich zusammenfinden und Verbindungen mit einander abschließen, worin sie sich über die Bedingungen ihrer Geschäftsweise verständigen; nur daß diese Bindung keine ständig dauernde, sondern eine stets aus gerechtfertigten Gründen kündbare sein muß. Dies ist das Wesen der Kartellvereinbarung.[2]) Solchen Bestimmungen unterliegen natürlich nicht diejenigen Wirtschaftsformen, welche nicht ein Verhältnis zwischen mehreren selbständigen Wirtschaften betreffen; welche nicht Rechte und Pflichten unter Vereinsgenossen schaffen, welche vielmehr auf einer gesellschaftlichen Aufsaugung von Einzelwirtschaften zum Großwirtschaftsbetrieb beruhen (Trusts): diese tragen einen wesentlich anderen Charakter an sich; hier bildet sich ein Großbetrieb,

---

[1]) O.L.G. Posen 3. Febr. 1903, Mugdan VI S. 448, O.L.G. Stettin 12. März 1903, Mugdan VIII S. 83.

[2]) Vgl. hierüber R.G. 4. Febr. 1897. Entsch. 38, S. 155, 11. November 1904 Monatsschrift f. Handelsrecht XIV S. 165. Reiche Literatur bei Rundstein, Recht der Kartelle, in meinen Berliner Jurist. Beiträgen IV S. 35ff., und in der Kartellrundschau 1905 Heft 7.

hier schließen sich nicht die Kleinbetriebe schuldrechtlich zusammen.[1])

Ein solcher Verstoß gegen das Wirtschaftsleben liegt auch dann vor, wenn die durch Herbeiziehung des bietenden Publikums zur Versteigerung zu erreichenden Wirtschaftszwecke gekreuzt werden sollen, sei es nun, daß man das Publikum vom Bieten zurückschreckt oder durch Verträge vom Bieten abhält.[2]) Dagegen gehört es nicht hierher, wenn ein ernstliches „Bietungskonsortium" gebildet wird, welches nicht den Zweck hat, den Einzelbieter vom Gebot zurückzuhalten, sondern versteigerte Gegenstände für sich zu erwerben und mit ihnen genossenschaftlich weiter zu verfahren.[3])

5. Unsittlich sind vor allem Verträge, welche gegen die Selbständigkeit der Person und ihre Stellung im Rechtsleben gerichtet sind. Daher sind unsittlich

a) alle Verträge, die eine Person verpflichten, einer anderen in unvernünftiger Weise zu dienen, sich einer menschenunwürdigen Behandlung zu unterwerfen und auf diejenigen Maßregeln zu verzichten, welche der Schutz der Persönlichkeit gegen Gefährdung von Gesundheit und Anstand erheischt. Dies würde auch ohne besondere gesetzliche Schutzbestimmungen gelten; natürlich gilt es umsomehr, wo überall durch die Gesetzgebung, B.G.B., H.G.B., Gew.O. für den Schutz der arbeitenden Klasse gesorgt ist.

b) Alle Verträge, welche den einen Teil in die vollständige Willkür des anderen stellen, vorausgesetzt, daß es sich nicht um bloß vorübergehende Zustände, um bloße Probeleistungen, sondern um solche Vertragsverhältnisse handelt, die bestimmungsgemäß auf die Dauer angelegt sind. Hiernach müssen insbesondere die Vereinbarungen, wonach ein Vertragsgenosse sich nach freiem Ermessen des anderen entledigen

---

[1]) Vgl. darüber und über die amerikanischen Verhältnisse meinen Aufsatz Die *Northern Securities Company* und die Entscheidung des *Supreme Court* von *Washington*, in der Monatsschr. f. Handelsr. XIII, S. 210f., worin auch das Bundesgesetz vom 2. Juli 1890 wiedergegeben ist.

[2]) Vgl. O.L.G. Posen 6. Okt. 1903, Mugdan VII, S. 457, R.G. 11. Juli 1904, J.Z. IX, S. 1089. Unrichtig O.L.G. Kiel 12. März 1900 Seuffert 56, S. 2.

[3]) O.L.G. Karlsruhe, 13. Juli 1903, Mugdan VII, S. 457; Kolmar 26. Apr. 1901, Z. f. Els.-Lothr. XXVI, S. 392.

kann, notwendig dahin umgedeutet werden, daß an Stelle des freien Ermessens ein billiges nachprüfbares Ermessen tritt.[1]) Für Gesellschaftsverhältnisse und Verhältnisse, wo höchst persönliche Beziehungen maßgebend sind, gilt dieser Grundsatz nicht (S. 273).

Die neuzeitliche Entwicklung drängt insbesondere auch dahin, daß beim Dienstverhältnisse die Kündigungsbedingungen gleich sind; völlig ist diese Entwicklung nicht zum Abschluß gediehen. Vgl. aber § 67 H.G.B., §§ 122, 133aa Gew.O.[2])

c) Gegen die Sittlichkeit verstoßen ferner sämtliche Verträge, welche die Arbeitstätigkeit einer Person in einer unangemessenen Weise unterbinden, sodaß der Entwicklung der Persönlichkeit nicht der nötige Raum geboten wird. Hier handelt es sich hauptsächlich um die berühmte Konkurrenzklausel (Wettbewerbsvertrag).[3]) Dabei kommt folgendes in Betracht:

α) ein Wettbewerbsvertrag ist nur berechtigt, soweit diejenigen Interessen auf dem Spiele stehen, deren Deckung durch einen solchen Vertrag als redlich und sachgemäß erscheint. Handelt es sich um einen Wettbewerbsvertrag von Dienstleistenden, so ist das Interesse maßgebend, daß der Dienstleistende nicht das in ihn gesetzte Vertrauen verletze und nicht die erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen, soweit sie sich auf die besondere Geschäftsführung innerhalb eines bestimmten Kreises beziehen, gegen den ehemaligen Dienstberechtigten kehre. Ein Verlangen über diesen Bereich hinaus ist unberechtigt.

β) Aber auch in diesem Bereich kann das Verlangen nur insoweit gestellt werden, als dem Betroffenen noch eine genügende Möglichkeit gewährt ist, seine Arbeitskraft nach der gerade durch seine Bildung und durch seine Kenntnisse

[1]) Das gilt insbesondere im Theaterrecht. Literatur und Entsch. s. bei Opet, Theaterrecht S. 201.

[2]) O.L.G. Hamburg 12. Januar 1903, Mugdan VII S. 458 nimmt an, daß das Ausbedingen eines einseitigen Kündigungsrechts nicht unstatthaft sei. Ebenso R.G. 22. März 1904 J.W. XXXIII S. 233.

[3]) Die Frage des Wettbewerbsvertrags habe ich in Deutschland zuerst im Jahre 1875 in Fluß gebracht. Vgl. Ges. Abhandl. S. 62 und Ideale im Recht S. 49. Eine Darstellung von Literatur und Praxis, namentlich in Deutschland bietet der lehrreiche Aufsatz meines Schülers Ravà, Rivista di diritto commerciale I 1 p. 171f.

bestimmten Seite zur Geltung zu bringen. Bezüglich der Handelsgehilfen bestimmt hierfür das Handelsgesetzbuch § 74f. noch einiges besondere, auf das hier nicht einzugehen ist. Vgl. auch Gew.O. § 133f.

γ) In Betracht kommt ferner, daß, wenn derartige Vereinbarungen im Verhältnis von Fabrikherrn und Fabrikarbeitern in weitem Maße abgeschlossen werden, sie notwendig entweder zu einer drückenden Abhängigkeit oder zu einer Massenauswanderung führen müssen, weshalb solche Verbote in diesem Kreise besonders bedenklich sind.[1])

δ) Einen anderen Charakter haben die Wettbewerbsverträge unter selbständigen Gewerbtreibenden, vor allem, wenn sie mit der Veräußerung eines Gewerbes verbunden sind: hier tritt der Gesichtspunkt zu Tage, daß mit dem Gewerbe ein Kreis der Persönlichkeit von der Person losgelöst und einer anderen Person übertragen wird, woraus von selbst folgt, daß die Person, welche veräußert, in diesem Kreise zurücktreten muß. Hier ist der Wettbewerbsvertrag eine Folge der durch Entäußerung der Person entstandenen Persönlichkeitsminderung und darum, insoweit eine solche Minderung möglich ist, ohne weiteres statthaft.

d) Gegen die Sittlichkeit verstoßen endlich Geschäfte, welche die wirtschaftliche Stellung einer Person in einer den Anforderungen des Personenrechts widersprechenden Weise vernichten oder kränken.

Hierher gehören

α) Wucherverträge, d. h. Verträge zur Ausbeutung objektiver oder subjektiver persönlicher Mißverhältnisse, wodurch man nicht den gewöhnlichen Gewinn, sondern einen über das Maß des Üblichen weit hinausgehenden Gewinn erlangt.

Diese Bestimmung (§ 138 Abs. 2) darf durchaus nicht die Freiheit des Verkehrs und das Recht der freien Preisbildung beeinträchtigen: ein derartiges Beginnen der Gesetzgebung wäre gerade unwürdig und der Selbständigkeit der Persönlichkeit widersprechend,[2]) sondern es muß

---

[1]) Vgl. meinen Aufsatz im Arch. f. civ. Praxis 84 S. 9f.

[2]) Vgl. R.G. 20. Dez. 1901 Gruchot 46, S. 897, O.L.G. Kolmar, 9. Dez. 1902, Z. f. Els.-Lothr. 28 S. 626, O.L.G. Stuttgart, 27. Nov. 1903, Mugdan VIII, S. 42. Könnte es je als Wucher betrachtet werden, wenn

αα) entweder eine objektive Notlage vorliegen, wobei der Vertragsgenosse unter dem Obwalten drohender Übel sich entscheiden muß und wegen der Schwere eines solchen Nachteils der rücksichtslosen Preisbestimmung des anderen Teils anheimgegeben ist, so daß das Gesetz der freien Preisbildung durch die Zwangslage durchkreuzt wird: von einer Ausbeutung kann daher nicht die Rede sein, wenn jemand die Hilfe bereits geleistet hat und dann seine Anforderung stellt, die der andere Teil annehmen oder beliebig rechtlich bekämpfen kann, und zwar ohne daß er noch unter dem Druck der Zwangslage steht. Oder

ββ) es müssen der freien Preisbildung subjektive Mißverhältnisse im Wege stehen, so die Unerfahrenheit des Vertragsgenossen, welche es ihm unmöglich macht, die für die Preisbildung maßgebenden Umstände zu erkennen, oder der Leichtsinn, d. h. die seelische Lage, welche dem Geschäfte nicht die ernstliche Aufmerksamkeit zukehrt, die als nötig erscheint, um die preisbildenden Umstände zu durchschauen.[1]) Unerfahrenheit ist allgemeine Geschäftsunerfahrenheit, es ist nicht die besondere Unkenntnis des einzelnen Falles. Daher ist nicht etwa Benutzung der Unkenntnis durch Betrug, arglistige Täuschung usw. hierunter zu zählen, was zur Folge hätte, daß bei einem derartigen Geschäft auch dann, wenn es der Betrogene gar nicht anfechten wollte, weil sich vielleicht das Geschäft hintennach zu seinen Gunsten kehrt, die Nichtigkeit einträte; durch solche Regelung wäre die Sache im B.G.B. wesentlich verschlechtert: in der Tat ist von dem besonderen Irrtum und der besonderen Unkenntnis der Fall der Geschäftsunerfahrenheit sehr wesentlich zu unterscheiden; denn es ist etwas ganz anderes, mit jemandem, der sonst in Geschäften bewandert ist, aber im einzelnen Fall in die Irre geht, ein Geschäft abzuschließen: diesem kann man zumuten, daß er die nötigen Mittel anwendet, um die Schäden des Geschäftes

ein Künstler für sein Gemälde 20000 Mk., der Besitzer eines Raffaels für sein Bild 500000 Mk. verlangt? Oder könnte solches auch nur als unsittlich gelten? Hier hat man vielfach in der Rechtspflege Ansichten geäußert, welche auf eine völlige Bevormundung des Verkehrs hinausliefen und mit unseren Vorstellungen über die Freiheit der Person im gröbsten Widerspruch stehen.

[1]) O.L.G. Karlsruhe 31. Mai 1903 und R.G. 12. März 1903 Z. f. franz. Ziv.-R. 34, S. 371, 656.

selbst zu verbessern, wobei er beurteilen kann, inwiefern er eine solche Verbesserung für geeignet und sachgemäß hält; etwas anderes ist es, mit einem Geschäftsunerfahrenen umzugehen, dem keine solche Hilfsmittel zu Gebote stehen. Natürlich gehört der Wucher der §§ 301, 302 St.G.B. auch hierher.

Wucher ist Unsittlichkeit; daher gibt es keinen unbewußten Wucher: wer deshalb, ohne die Notlage zu kennen oder von Leichtsinn und Unerfahrenheit eine Ahnung zu haben, sich erheblich günstige Bedingungen schafft, kann nicht unter die Wucherer eingereiht werden; das Gegenteil wäre für die Sicherheit des Verkehrs äußerst bedenklich.[1]

β) Hierher gehören ferner Vereinbarungen, welche dahin abzielen, jemandem die Hilfsmittel seines Lebens abzuschneiden, sodaß er entweder überhaupt zugrunde gehen oder sich gewissen ihm aufgedrängten Bedingungen unterwerfen muß: dies sind die Ächtungs-, Verrufs- und Boykottverträge. Derartige finden sich vielfach in Kartellvereinbarungen: sie sind nichtig; statthaft ist es natürlich, irgend welchen Persönlichkeiten aus irgend welchen Gründen schlimmere Geschäftsbedingungen zu setzen, sie von Einrichtungen und Veranstaltungen des Verkehrs auszuschließen, jedoch immer nur so, daß ihnen dadurch die Möglichkeit des wirtschaftlichen Daseins nicht genommen wird. Gewiß kann die Rechtsordnung es nicht verhindern, daß Persönlichkeiten im Wirtschaftskampfe unterliegen und zugrunde gehen; allein sie darf nicht dulden, daß Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, welche unmittelbar auf eine solche Vernichtung der Persönlichkeiten abzielen; auf ihrem Gebiete ist die Rechtsordnung allmächtig, wenn es ihr auch nicht möglich ist, alle wirtschaftlichen Schäden zu heilen: solches darf sie nicht davon abhalten, in ihrem Bezirke mitzuhelfen, daß die Existenzen erhalten bleiben.[2]

6. Gegen die Sittlichkeit verstoßen endlich diejenigen Geschäfte, welche Dinge, die über dem Wirtschaftsleben stehen,

---

[1]) Unrichtig O.L.G. Hamburg 9. Dezember 1903, Mugdan VIII S. 422.

[2]) Vgl. R.G. 11. April 1901, Entsch. 48, S. 114f., 29. Mai 1902, Entsch. 51, S. 369, 385, 14. Dez. 1902, Entsch. 56, S. 271, 17. März 1904, J.-Z. IX, S. 601. Vgl. auch R.G. 14. Dez. 1902, 26. März 1903, Entsch. 56 S. 271, 54 S. 255.

in das Wirtschaftsleben hinabziehen. So insbesondere alles, was den freien Beruf zur Gelderwerbstätigkeit herabdrücken würde, während doch das Wesen des freien Berufes darin besteht, daß er um höherer sachlicher Interessen willen geübt werden soll, sodaß der Geldverdienst nur eine nebensächliche, durch die Bedürftigkeit des Menschen herbeigeführte Seite seines Pflichtwirkens bildet. Zwar sind die Geschäfte des Berufslebens dem Dienst- und Werkvertrag angegliedert und werden insofern geschäftlich behandelt, weil solches nicht ausschließt, daß der im Beruf Stehende trotzdem seinen Beruf ideal auffaßt und ideal ausführt; allein unstatthaft wäre eine jede Vereinbarung, welche mit einer idealen Auffassung des Berufs in Widerspruch stünde. Hierher würde insbesondere gehören:

a) Wenn eine solche Berufsperson sich dafür eine besondere Bezahlung geben ließe, daß sie im Widerspruch mit ihrer Überzeugung einen bestimmten, vom Auftraggeber bezeichneten Weg einschlüge.

b) Hierher würde es ferner gehören, wenn eine solche Person sich die „Berufskundschaft“ abkaufen ließe; daher Nichtigkeit des Verkaufs der anwaltlichen oder ärztlichen Praxis, und das gleiche gilt von einem Wettbewerbsvertrag unter Ärzten und Anwälten, welcher in gleicher Weise die ganze Berufstätigkeit zum Gelderwerbsinstitut erniedrigen würde.[1])

VI. Wie eine Vollschuldverpflichtung nicht gegen die guten Sitten verstoßen darf, so natürlich auch nicht eine Verpflichtung, die lediglich durch Vertragsstrafe gesichert ist; denn in solchem Fall ist das juristische Zwangsmittel, die Vertragsstrafe, in nichtiger Weise versprochen. Das gilt insbesondere auch dann, wenn jemand unter Vertragsstrafe das Versprechen ablegte, in einer letztwilligen Verfügung die oder jene Verordnung zu treffen: es ist unstatthaft, sich durch irgend ein derartiges Versprechen zu binden, und es ist unstatthaft, durch eine Vertragsstrafe auf solche Weise einen

---

[1]) O.L.G. Braunschweig 19. Juni 1902, Mugdan V, S. 107. Unrichtig O.L.G. Posen, 26. Sept. 1902, Mugdan V, S. 83. Unrichtig ist es auch, wenn das O.L.G. Zweibrücken 28. Nov. 1900, Z. f. franz. Ziv.R. XXXII, S. 166, unter Ärzten einen Wettbewerbsvertrag zugelassen und dem Verkauf einer Praxis in der Gestalt eines Wettbewerbsvertrags Eingang verschafft hat.

Druck auszuüben. Die Möglichkeit des, besonderen Vorsichtsmaßregeln unterstehenden, Erbvertrags spricht nicht für die Gültigkeit solcher Verträge.[1])

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Vertragsstrafen in die Gestalt einer Wahlschuld gekleidet sind; so z. B. wenn der Vertrag lautet, daß jemand etwas Unsittliches tun oder 10000 M. zahlen, daß er eine Berufspraxis übertragen oder 100000 M. entrichten solle. Der Gedanke wäre in beiden Fällen, daß im Falle der Nichtleistung 10000 oder 100000 M. bezahlt werden sollen, und dadurch würde ein unsittliches Versprechen erzwungen.

VII. Nicht nur ein unsittliches Rechtsgeschäft ist nichtig, d. h. rechtlich erfolglos, sondern es dürfen auch aus einem an sich sittlichen Geschäft keine Ansprüche erhoben werden, die einen unsittlichen Charakter haben. So ist der Kauf einer fremden Sache, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, ein sittliches Geschäft, namentlich dann, wenn zur Zeit des Kaufes das fremde Eigentum unbekannt war. Sollte aber der Käufer, nach Kenntnis von diesem Sachverhalt, verlangen, daß ihm die Sache, dem Recht des Eigentümers zum Trotz, übergeben werde, so wäre dies ein unsittliches Begehren. Der gleiche Fall liegt dann vor, wenn mir eine Sache geliehen worden ist, von der ich nachträglich erfahre, daß sie einem dritten abhanden kam, sodaß die Rückgabe an den Leiher ein Mittel wäre, um die Wiedereinsetzung des Eigentümers in seinen Rechtsgenuß zu verhindern oder zu erschweren.

VIII. Die Nichtigkeit des § 138 trifft das Schuldverhältnis, sie trifft nicht die zur Erfüllung des Schuldverhältnisses stattgefundene Leistung: die Leistung, welche als Erfüllung des unsittlichen Versprechens gemacht wird, ist wirksam gemacht, sie ist nur ohne gerechtfertigten Grund gemacht, §§ 812, 817. Dagegen trifft die Nichtigkeit dann außer dem Schuldverhältnis auch das dingliche Recht, wenn ein Realvertrag vorliegt, wenn also das Geleistete nicht erst versprochen, sondern sofort gegen ein Versprechen oder gegen eine Gegengabe geleistet wurde. Gerade darin zeigt sich die große

---

[1]) Unrichtig R.G., 16. Sept. 1887, XIX S. 232.

Wichtigkeit des Realvertrages; daher § 138: „versprechen oder gewähren läßt.“ Vgl. unten S. 233.[1])

IX. Im übrigen muß wohl beachtet werden, daß eine unsittliche Vereinbarung vielfach nur wegen des Übermaßes unsittlich ist; so insbesondere was den Wettbewerbsvertrag, was das Übermaß der Preisbildung angeht. Es wäre sachwidrig, hier in allen Fällen das ganze Geschäft zum Sturze zu bringen: es genügt, die Unsittlichkeit dadurch zu heben, daß man das Übermaß streicht (vgl. § 139 B.G.B.), vorausgesetzt, daß das Geschäft die nötigen Anhaltspunkte bietet, nach welchen Richtungen die Beschränkung geschehen muß, um es als ein sittliches Geschäft im Sinne der Vertragsgenossen gelten zu lassen. Was aber das Übermaß bei der Preisbildung betrifft, so ist insbesondere bei übermäßiger Bewertung von Dienstleistungen derjenige Preis an Stelle des Verlangten zu setzen, der dem billigen Ermessen entspricht.

Demgemäß verfügt auch das B.G.B., daß ein auf Lebensdauer abgeschlossenes Dienstverhältnis nach 5 Jahren, ein auf Lebensdauer abgeschlossenes Gesellschaftsverhältnis jederzeit gekündigt werden kann, §§ 624, 724 B.G.B.: an die Stelle der Nichtigkeit tritt die zeitliche Abmilderung. Und die übermäßige Gesindemaklergebühr, die übermäßige Vertragsstrafe wird nach §§ 343, 655 herabgesetzt.

X. Besondere Bestimmungen zur Wahrung der sittlichen Grundsätze und namentlich zur Wahrung der Rücksichten, welche die soziale Ordnung verlangt, enthalten andere Gesetze, so namentlich die Gew.O., so auch das H.G.B. § 741.

Aus dem B.G.B. gehören, was die allgemeinen sittlichen Grundsätze betrifft, hierher:

1. die Bestimmungen des § 656 über die Nichtigkeit des Ehemaklergeschäfts; dieser § ist nur eine besondere Ausführung des § 138 und hat den Zweck, die Zweifel, welche sich bezüglich der Sittlichkeit dieses Geschäfts ergaben, zu beschwichtigen. Daher enthält er keine „Singularität“: auch Verträge über „Heiratsannoncen“ sind entsprechend nichtig;[2])

---

[1]) Zu weit geht R.G. 19. Febr. 1904 J.W. XXXIII S. 168. Richtig O.L.G. Kiel 18. Febr. 1903, Mugdan 9 S. 16.

[2]) Hierüber meine Zwölf Studien zum B.G.B. S. 89f. Nachdem man — eben weil die Rechtspflege trotz aller Ausführungen hartnäckig den

nichtig ist auch der verhüllte Ehemakel: die Vermittlung einer Pacht oder eines Kaufs, der dahin verstanden ist, daß der Pächter oder Käufer der Schwiegersohn werden solle;[1])

2. was die sozialen Interessen betrifft, so gehören hierher §§ 544, 567, 624, 724, 1202, ferner §§ 247, 248, 343 und 655. In allen diesen Fällen ist das Recht ein zwingendes Recht, namentlich auch, was die Herabsetzbarkeit der Vertragstrafe und der Gesindemaklergebühr betrifft. Vgl. S. 144.

XI. Von den verbotenen und deswegen nichtigen Schuldverhältnissen sind zu unterscheiden die zu Gunsten gewisser Personen untersagten Geschäfte. Diese Geschäfte sind nicht nichtig, sondern höchstens unwirksam. Sie sind es aber nur, soweit die Personen, zu deren Gunsten die Untersagung gilt, nicht zustimmen. Solches gilt von Verkäufen auf dem Wege der Zwangsvollstreckung und von allen Arten des Selbsthilfeverkaufs, namentlich auch des Pfandverkaufs: hier ist der Kauf den mit der Vornahme oder mit der Leitung, d. h. der Überwachung des Verkaufs Beauftragten sowie den Gehilfen und Protokollführern untersagt; er ist ihnen untersagt, er ist auch jedem anderen untersagt, der, wenn auch nicht in ihrem Namen, so doch als ihr Treuwalter kauft. So §§ 456—458, vgl. auch § 177 (Fristsetzung wegen der Genehmigung).

IV. Besondere Leistungsarten.

1. Leistungen mit unmittelbarer Zweckbestimmung.

a) Allgemeines.

§ 38.

Von den mannigfachen Leistungen, die den Inhalt der Verpflichtungen bilden, sind einige Arten besonders hervorzuheben, da sie im Leben vorbildlich sind und darum in der

Standpunkt der Gültigkeit der Ehemaklerverträge, dieser die Ehe entwürdigenden Einrichtung, festhielt — den § 656 ins Gesetzbuch aufgenommen hat, um das Institut sicher zu treffen, sind bereits einige Ausleger mit der Meinung hervorgetreten, es handle sich in § 656 nicht um einen Ausfluß des § 138, sondern um eine „Singularität"! Verkehrt sind auch die Entscheidungen, welche dem § 656 rückwirkende Kraft absprechen. R.G. 20. Juni, 12. Juli 1900, 4. März 1902, Entsch. 46 S. 152, 177 Gruchot 46 S. 907. Richtig entschied seinerzeit der Russ. Senat 1867 Nr. 70.

[1]) Verkehrt O.L.G. Karlsruhe 18. Novbr. 1908. J.Z. IX S. 1144.

Mannigfaltigkeit der Einzelerscheinungen wichtige Merkformen. darstellen. Es sind dies

1. gewisse Gegenstandsleistungen und zwar

a) die Leistungen, die als Gattungs- und Wertleistungen eine mehr oder minder abstrakte Bedeutung haben, sodaß vom Sondergegenstand abgesehen wird; eine besondere Art der Wertleistung ist die Rente als die in periodische (regelzeitige) Einzelleistungen zerfallende Gesamtwertleistung; sowie

b) was das Verhältnis der Leistungen zueinander betrifft, die Nebenleistungen im Gegensatz zur Hauptleistung.

2. Gewisse Dienst- und Werkleistungen besonderer juristischer Art: Geschäftsbesorgung (auch Aufwendung) und Anerkennung.

b) Gattungsleistungen.

α) Allgemeines.

§ 39.

I. Der Gattungsbegriff wurde I, S. 466f. entwickelt; er darf nicht zu Unrecht beschränkt werden.

Auch eine absehbare Gattung ist eine Gattung, und die Grundsätze der Gattungsverpflichtung gelten auch hier;[1]) nur daß hier möglicherweise die Sorgfaltspflicht des Schuldners sich auf die ganze Gattung erstreckt, womit aber nicht gesagt wird, daß dadurch die Gattung in die einzelnen Sondersachen aufgelöst und die Schuld zu einer Wahlschuld gemacht würde. Die Wichtigkeit des Unterschiedes ergibt sich insbesondere, was den Gefahrübergang betrifft; es gelten hier nicht die Grundsätze der Wahl, es gelten die Grundsätze der Gattungs- oder Sondersachen: es kann daher die Gefahr übergehen, bevor eine Wahlanzeige an den Gläubiger gelangt ist.

II. Bei allen Gattungsschulden sind Sachen mittlerer Art und Güte zu leisten (§ 243), d. h. wenn die Gattung in verschiedene Unterarten zerfällt, eine Sache, welche mindestens der mittleren Unterart, und wenn sich innerhalb dieser Unterart Stücke verschiedener Güte finden, mindestens ein Stück mittlerer Güte; dies darf nicht absolut, sondern muß nach der Verkehrsauffassung beurteilt werden: der Gläubiger kann Sachen,

---

[1]) In Betracht kommt auch § 883 zu § 884 Z.P.O.

die nach absoluter Beurteilung besserer Güte sind, zurückweisen, wenn er etwa Sachen mittlerer Güte besser absetzen kann, wenn sie der Geschmacksrichtung der Bevölkerung mehr entsprechen usw.; solche sind eben für ihn die besseren.[1])

Indes können infolge der Eigenart des Schuldverhältnisses Besonderheiten eintreten; namentlich kann dieses so gestaltet sein, daß bei der Auswahl die Interessen des Schuldners besonders berücksichtigt werden müssen; dies gilt insbesondere von Vermächtnissen, § 2155.

Sodann ist ein Stück zu leisten, welches keine wesentlichen Mängel hat; denn ein fehlerhaftes Stück liegt zwar im Kreis der Gattungssache (mittlerer Art und Güte), es trägt aber einen Tadel an sich, § 480. Eine solche Verpflichtung besteht allerdings nicht beim Schenkungsvertrag (hier gilt eine besondere Ordnung, § 524), aber bei dem Austausch und beim Gesellschaftsgeschäft unbedingt, sie gilt auch für die Vermächtnisverpflichtung, § 2183 B.G.B.

III. Hierzu ist aber folgendes zu bemerken:

Eine Leistung, die nicht mittlerer Art und Güte wäre oder der Gattung gar nicht angehörte, wäre eine Nichtleistung und könnte nur unter den Voraussetzungen zur Erfüllung werden, wie überhaupt eine Nichtleistung zur Erfüllung werden kann, nämlich durch Annahme von Seiten des Gläubigers kraft eines Erfüllungsvertrages (S. 190). Dagegen ist die Lieferung einer fehlerhaften Sache nicht eine Nichtleistung, sondern eine Leistung, welche der Gläubiger allerdings als unbrauchbar ablehnen kann, § 480.[2])

Das ist bedeutsam. In beiden Fällen kann natürlich der Gläubiger eine nicht entsprechende Leistung ablehnen. Dagegen tritt der Unterschied in folgendem hervor:

1. Geht eine abgesandte Sache von nicht mittlerer Art und Güte auf dem Wege vom Erfüllungsorte zum Bestimmungsorte zu Grunde, so ist eine Nichtleistung zu Grunde gegangen, und der Schuldner trägt die Gefahr. Geht aber eine abgesandte fehlerhafte Sache mittlerer Art und Güte zu Grunde, so ist eine Leistung zu Grunde gegangen, und der Schuldner

---

[1]) O.L.G. Kolmar 11. Dez. 1903, Mugdan VIII S. 66.

[2]) Er kann es, ohne Gläubigerverzug, dies beweist § 480 sicher, vgl. oben S. 37, 74; unrichtig Schollmeyer, Jahrb. f. Dogm. 49 S. 101.

trägt die Gefahr nicht, vorbehaltlich der Folgen, die sich aus der Möglichkeit der Wandelung ergeben.

2. Der Schenker haftet nur in geringem Maße für eine fehlerhafte Sache, er hat aber kraft seines Gattungsversprechens eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten, § 524.

3. a) Ist eine Sache, die nicht mittlerer Art und Güte ist oder gar einer anderen Gattung angehört, geleistet, so ist die Leistung ein Nichts, und es gelten die für fehlerhafte Leistungen bestimmten Beschränkungen des § 480 mit der kurzen Verjährung nicht. Anders allerdings im Handelsrecht, wo die Leistung von etwas anderem (für die Mängelrüge mit allem, was damit zusammenhängt) der fehlerhaften Leistung gleichgestellt ist, § 378 H.G.B.[1])

b) Ist dagegen eine Sache mittlerer Güte geleistet und die Leistung mangelhaft, so ist zwar der Gläubiger berechtigt, eine nochmalige Erfüllung zu verlangen, allein nicht so, als ob die bisherige Erfüllung als nicht geschehen zu betrachten wäre, sondern das Erlangte ist nach den Grundsätzen der Wandelung zurückzugeben, und es findet das gegenseitige Verhältnis statt wie bei der Wandelung, wie beim Rücktritt. So §§ 480, 491. Das ist auch wegen der Fristen wichtig; es ist wichtig, weil der Gegner im Fall des Rückgewährverzugs eine Frist setzen kann, ansonst der Rücktritt (die Rückleistung mit der Befugnis, ein anderes Stück zu verlangen), unwirksam wird; es ist aber besonders wichtig für den Fall, daß die empfangene Sache infolge von Verschuldung nicht zurückgegeben werden kann, §§ 351, 352, 353, 467; es ist endlich wichtig wegen der Freiwahl des Berechtigten, der unter den Alternativen: Neuleistung, Wandel und Preisminderung mit Entschlußwechsel wählen kann, wobei der andere Teil ihm nach § 466 eine Frist zu setzen befugt ist, §§ 465, 466, 480.

IV. Hat der Schuldner aus der Gattung eine Sondersache in der Art bereit gestellt, daß es lediglich von der Tätigkeit des Gläubigers oder von der Tätigkeit dritter Empfangspersonen

---

[1]) Urteile in verschiedener Richtung bei Mugdan VIII. S. 67—71, O.L.G. Marienwerder, 23. Sept. 1902, Seuffert 58, Nr. 72.

abhängt, daß die Leistung zu Ende gedeihe,[1]) so geht die Gefahr auf den Gläubiger über, so § 243; dies deshalb, weil man den Schuldner nicht unter den Mißverhältnissen oder Mißtätigkeiten anderer leiden lassen will. Darum sondert sich die Leistung nur zu Gunsten des Schuldners ab, nicht absolut, nicht auch zu Gunsten des Gläubigers, als ob die Schuld zur Sondersachenschuld würde; vielmehr bleibt die Schuld eine Gattungsschuld: der Schuldner darf nicht um die Vorteile der Gattungsschuld gebracht werden. Allerdings kann möglicherweise der Gläubiger einiges Interesse haben, daß ihm gerade die betreffende Sondersache zukommt, namentlich weil er die Sachbeförderung überwachen und auf die Ankunft der beförderten Sache bauen kann; doch dies ist ein tatsächliches Interesse, und es sind keine genügenden Gründe vorhanden, hieraus ein juristisches Anrecht erwachsen zu lassen.

Daß aber die Gattungsleistung trotzdem eine Gattungsleistung bleibt, auch wenn die ausgeschiedene Sondersache zur Erfüllung anheimgestellt ist, hat wichtige Folgerungen, denn

1. der Annahmeverzug ist ein Annahmeverzug in Bezug auf eine Gattungs-, nicht in Bezug auf eine Sondersachenschuld;

2. ist die Sache fehlerhaft, so treten die Grundsätze der Gattungsschuld, nicht die Grundsätze der Sondersachenschuld ein, § 480;

3. der Schuldner hat die Möglichkeit, solange die Erfüllung nicht vollendet ist, die Sondersache zurückzunehmen und eine andere Sondersache zu geben, dies auch dann, wenn diese andere Sondersache weniger vorzüglich wäre, sofern sie nur innerhalb der mittleren Art und Güte ist; das gleiche gilt auch vom Selbsthilfeverkauf.[2])

4. Sendet der Schuldner an den Gläubiger die Sondersache in mehreren Exemplaren, so steht es ihm natürlich frei, welche Sendung er will, rückgängig zu machen, damit die eine nicht rückgängig gemachte dem Gläubiger als Erfüllungsleistung zukomme; er kann dabei auch die etwa untergegangene Sache

[1]) Daher muß die Sache nicht nur ausgeschieden, sondern auch dem Gläubiger so angeboten sein, daß damit die ganze schuldige Tätigkeit vollzogen ist; vor allem muß die entsprechende Masse aus dem Ganzen endgültig herausgenommen sein; vgl. R.G. 29. März 1904, Jur. Woch. XXXIII, S. 286.

[2]) O.L.G. Marienwerder 16. Okt. 1903, Mugdan VIII S. 435.

wählen; dies ist eine Schwierigkeit, welche die entgegengesetzte Theorie nicht zu lösen vermöchte.

Was insbesondere den Grundsatz zu 1. betrifft, so ist es von Bedeutung, daß die Schuld eine Gattungs-, keine Sondersachenschuld ist; sonst müßte man annehmen, daß, selbst wenn der Gläubiger abgelehnt hat, die Schuld eine Sondersachenschuld bliebe und der Schuldner die Sondersache aufzubewahren hätte, wie wenn die Schuld nur eben bezüglich dieser Sondersache eingegangen wäre. Das ist unhaltbar, namentlich wenn man sich denkt, daß selbst bei einer Geldleistung der Gläubiger eine Zahlung mit andern Geldstücken ablehnen könnte, sobald er bei einem zurückgewiesenen Angebote einen Hundertmarkschein gesehen hätte, der bei der Neuzahlung vertauscht ist.[1]) Man hat nun allerdings entgegengehalten, daß in solchem Falle Schikane vorläge, wenn der Gläubiger ein anderes Geldstück nicht annähme und daß auf diese Weise mit Hilfe des § 226 die ärgsten Folgerungen abgewendet würden. Allein dies ist unzureichend. Wäre es so, daß das Schuldverhältnis sich auf die bestimmte Sondersache festlegte, so müßte das gleiche gelten, wie wenn von Anfang an nur eine solche Sondersache Gegenstand des Vertrages gewesen wäre, und in diesem Falle brauchte der Gläubiger sich in keiner Weise eine andere Sondersache aufdrängen zu lassen, auch dann nicht, wenn sie vollständig gleichwertig wäre: das Verlangen, die versprochene Sache zu bekommen und nicht ein gleichwertiges Stück, ist keine Schikane. Nicht deshalb kann der Gläubiger nicht auf der Sondersache bestehen, weil es Schikane wäre, sondern deshalb, weil sein Anspruch ein Gattungsanspruch geblieben ist.

β) Wertleistungen.

§ 40.

I. Die Wertleistungen haben verschiedenes Besondere, vor allem die abstrakten Wertleistungen: die Geldleistungen. Ihre Abstraktheit führt auch zu einer abstrakten Art der Entwicklung. Da der Wert eine ungeheure Menge menschlicher Zwecke in sich erfaßt, die mit seiner Hilfe befriedigt werden können, so

[1]) Man berücksichtige auch, daß bei der Hinterlegung das Geld nicht in Stück, sondern im Wert hinterlegt zu werden pflegt (vgl. A. 145).

ist es begreiflich, daß die Folgen der Leistung oder Nichtleistung sich in bestimmter allgemeiner Weise gestalten; und ebenso ist es sicher, daß die ungeheure Mannigfaltigkeit in der Verwendung des Geldes zu gewissen Normen führen muß für diejenigen, welche fremde Gelder verwalten und fremdes Geldvermögen in Händen haben. Daraus erklärt sich insbesondere die Zinspflicht bei Verzug und bei Rechtshängigkeit, §§ 288, 291, und ebenso das Aufhören der Zinspflicht nach § 301, daher die verschiedene Behandlung von Geld- und Nichtgeldleistung in §§ 340, 342, 454 und 473; daher die Besonderheit in der Vermögensverwaltungspflicht, so die §§ 1288, 1377, 1642, 1806, 2119, daher die Besonderheit bei der Erfüllung, § 270; daher die Besonderheit des § 2173.

II. Weniger abstrakt, aber doch einen Wertcharakter darstellend sind die Leistungen anderer vertretbarer Sachen, bei welchen der Wert noch einen bestimmten sonderartigen Zusatz erhält. Dazu können die Münzleistungen gehören, d. h. Leistungen, die nicht in Geld schlechthin, sondern in einer Geldsorte zu machen sind; sie sind aber stets allenfallsige Geldleistungen, d. h. sie werden zunächst geschuldet in der Münzsorte, allenfalls aber, wenn diese nicht mehr im Umlauf wäre, in Geld schlechthin, wobei der (jetzige oder letzte) Kursstand am Erfüllungsort entscheidet, § 245.

Die Angabe einer Münzsorte macht (kraft nachgiebigen Rechts) die Geldleistung nicht zu einer Münzleistung, oder doch nur einseitig: der Schuldner darf in dieser Münze leisten, er darf auch in Geld schlechtweg (nach Kurswertberechnung) zahlen, § 244.

III. Einen Wertcharakter nimmt auch das Inventar bei der Grundstückspacht an und zwar:

1. Das Inventar als solches.

Das Inventar ist eine Gesamtheit, ähnlich wie ein Vermögen, sodaß auch hier eine Ersatzordnung eintritt. Was zum Ersatz alter Stücke in das Inventar aufgenommen wird, geht von selbst in das Eigentum des Inventareigners über. Dasselbe gilt auch vollständig von der Herde. Ich habe dies früher auf ein *constitutum possessorium* des Erwerbers zu Gunsten des Inventareigners zurückgeführt, und im gemeinen Recht wird dies seine Richtigkeit haben. Im B.G.B. aber ist

anzunehmen, daß der Eigentumserwerb kraft des Ersatzprinzips von selbst stattfindet, woraus folgt, daß er auch dann eintritt, wenn beispielsweise der Pächter glaubt, daß er nicht Pächter, sondern Eigentümer sei, sodaß ihm also keine Idee einer Besitzauftragung (eines Konstituts) in den Sinn kommt.

2. Vor allem aber das geschätzte (taxierte) Inventar, das zum eisernen Inventar wird, indem es in seinem geschätzten Werte erhalten und durch Nachschaffungen (Nachwuchs) ergänzt werden soll, während die einzelnen Stücke der freien Verfügung des Pächters überlassen sind, von welcher Verfügung er aber nur im Rahmen der ordentlichen Wirtschaftsführung Gebrauch machen soll;[1]) alles dies gilt, vorbehaltlich der Ausgleichung am Schluß, wenn das endgültige Ergebnis unter oder über dem geschätzten Werte steht; hierbei hat der Verpächter die Befugnis, sofern er einzelne Stücke des Neuerwerbs für zu wertvoll oder überflüssig erklärt, die entsprechende Wertzahlung zu verweigern, sodaß diese Stücke kraft Gesetzes in das Eigentum des Pächters übergehen, §§ 588, 589 (1048) und oben S. 35.

§ 41.

I. Rente ist eine regelmäßig sich wiederholende Leistung vertretbarer Sachen in einer begrenzten oder unbegrenzten Zeitspanne, welche einem wirklichen oder eingebildeten Hauptgeld entspricht.

II. Sämtliche Renten haben die Bedeutung, daß sie als Belastung nicht des Vermögens, sondern des Vermögensertrages erscheinen, indem eine ordentliche Wirtschaft das Hauptgeld möglichst unversehrt läßt und die Renten den Erträgnissen entnimmt. Daraus ergibt sich auch, daß der Nießbraucher oder Nutznießer regelmäßig die Rente zu entrichten hat, ohne von dem Vermögenseigentümer Ersatz fordern zu können; denn sie lastet auf der ihm zukommenden Vermögensnutzung, vgl. §§ 1047, 1088, 1386 (1388, 1529, 1531).

III. Die Rente kann sein Ewigrente, Amortisationsrente, Zins. Die Amortisationsrente besteht darin, daß

---

[1]) So ist § 588 aufzufassen; inwieweit die Veräußerung in die Wirtschaftssphäre reicht, ist dem freien Ermessen des Pächters anheimgestellt.

ein bestimmtes Hauptgeld in einzelne Teile zerlegt wird, welche in Gestalt von Renten entrichtet werden sollen, sodaß dadurch das Hauptgeld getilgt wird und die Hauptgeldschuld erlischt. Eine Art dieser Amortisationsrente ist die Leibrente, deren Besonderheit darin besteht, daß ein von der Lebensdauer einer Person abhängig gedachtes Hauptgeld in Amortisationsrenten zerlegt wird. Wüßte man die Lebensdauer der Person, so könnte man das Hauptgeld als sicheres Hauptgeld auswerfen, und dieses wäre dann in die einzelnen Leibrenten zu zerlegen. Da wir aber die Lebensdauer nicht kennen, so ist dieses Hauptgeld ein X und die Renten können daher nur nach der Wahrscheinlichkeit abgemessen werden, d. h. nach einem Hauptgeld, das der wahrscheinlichen Lebensdauer entspricht (Lebenskapital); jedoch so, daß dieses Lebenskapital je nach der sich nachträglich herausstellenden wirklichen Lebensdauer wächst oder schwindet: der Unterschied zwischen dem sich hieraus ergebenden wirklichen Amortisationskapital X und dem für die Amortisationsrenten als maßgebend angenommenen Lebenskapital ist die Gefahr des Rentengebers, der natürlich hier wie bei Gefahrgeschäften aller Art dem Gefahrelement durch Wahrscheinlichkeitsrechnung einen vernünftigen Hintergrund verschaffen kann.

IV. Von der Leibrente gilt einiges Besondere,

1. bezüglich der Zeit der Entrichtung: sie ist im Zweifel für den sachgemäßen Zeitabschnitt vorauszuzahlen, bei Geldrenten für 3 Monate, in der Art, daß das Erleben des Zahlungszeitpunktes dem Erleben der ganzen Rentenperiode gleichsteht, § 760.

2. Die Leibrentenverträge müssen in der Art abgeschlossen werden, daß das Leibrentenversprechen schriftlich gemacht ist, § 761 (oben I, S. 528). Für Schenkungsversprechen gilt die Schenkform; für Lebensversicherungsrenten die Norm des Lebensversicherungsvertrages, A. 75.

V. Im Gegensatz zu den Amortisationsrenten stehen die Zinsen; Zinsen sind Renten, welche einen Zeitlohn für die Überlassung eines Hauptgeldes darstellen, in der Art, daß das Hauptgeld dadurch nicht ertötet wird und die gezahlten Zinsen lediglich als Gegenwert für die Benutzung des Haupt-

geldes gedacht sind. Für die Zinsen gilt verschiedenes Besondere,

1. bezüglich der Höhe. Zwar besteht im allgemeinen Zinsfreiheit, aber wenn die Zinsen über 6 % betragen, so muß dem Schuldner eine Kündigungsfrist gewährt werden: die Frist ist 6 Monate (aber so daß die Kündigung erst nach Ablauf der ersten 6 Monate erfolgen kann); welcher ganze (dem zwingenden Rechte angehörige) Satz übrigens auf die Inhaberschuldbriefe keine Anwendung findet, § 247.

2. Zinsen können versprochen werden als Zeitlohn für irgend ein Hauptgeld; ein solches kann auch in einem Wert bestehen, der aus verfallenen Zinsen gebildet wird; dagegen nicht in einem Wert, der aus Zinsen erwächst, die in Zukunft rückständig bleiben werden: es gibt also keine Zukunftszinseszinsen, § 248; und auch gesetzliche Zinsen laufen nicht von Zinsen, wie dies in §§ 289, 291 für Verzugs- und Prozeßzinsen anerkannt ist, vgl. auch § 353 H.G.B. Von diesem Verbot der Zukunftszinseszinsen gibt es mehrere Ausnahmen bezüglich der Kreditinstitute, die dem Spartrieb dienen und darum dem sparenden Publikum für künftige Zinsen wieder Zinsen versprechen dürfen, und zu Gunsten von Kreditinstituten, welche durch Darlehn der Wirtschaft des Publikums aufhelfen sollen und, um die nötigen Kapitalien herbeizuschaffen, Inhaberschuldbriefe ausstellen dürfen: hier ist es notwendig, daß sie von ihren Entleihern Zinseszinsen nehmen dürfen, um das Gleichgewicht herzustellen, § 248 B.G.B. Ferner gilt eine Ausnahme für den kaufmännischen Kontokurrentvertrag, § 355 H.G.B. und für den wechselrechtlichen Rückgriff, nach A. 51 W.O.

3. Die Zinsen sind Nebenleistungen, wovon alsbald (S. 115) die Rede sein wird.

c) Haupt- und Nebenleistungen.

§ 42.

I. Mit der Hauptforderung können Nebenforderungen verbunden sein, welche mit ihr dadurch zusammenhängen, daß sie

1. kraft der Hauptforderung entstehen; daß sie

2. im Falle der Verjährung der Hauptforderung notwendig mit verjähren, § 224; vgl. auch 558 (606, 1057). Außerdem werden

3. Nebenleistungen mehrfach in nebensächlicher Weise behandelt, so

a) bei der Vermögensverwaltung des Vormunds, § 1813 Z. 5,

b) sie kommen bei der Wertberechnung im Prozeß nicht in Betracht, § 4 Z.P.O.,

c) sie werden (nach Umständen) ohne weiteres von Bürgschaft und Pfand erfaßt, §§ 767, 1118, 1159, 1178, (1192), 1210, 1264, und die Erhöhung der Zinsen bis auf 5 % wird im Hypothekenrecht nicht als Erhöhung behandelt, §§ 1119 (1192) und 1264. Vgl. im übrigen § 1115.

4. Bei der Anrechnung gilt der Satz, daß die Zahlung auf Kosten und Zinsen zuerst zu machen ist, sodaß eine anderwärtige Anrechnungserklärung des Schuldners mit der Wirkung zurückgewiesen werden kann, daß die Verweigerung der Zahlungsannahme kein Gläubigerverzug ist, §§ 367, 396; vgl. auch § 788 Z.P.O., § 12 Z.V.G., § 62 K.O. und S. 187.

II. Nebenforderungen sind 1. Forderungen auf Nutzungen (im weiteren Sinne, einschließlich der Zinsen I S. 482): so bei den Rücktrittsansprüchen, §§ 347, (327, 467, 480), 487, so bei ungerechtfertigter Bereicherung, § 818, so im Prozeß, §§ 987, 292; so aber auch bei den Austauschgeschäften in der Art, daß unter Umständen schon vor dem Eigentumserwerb ein Anrecht auf Nutzungen entsteht, so § 2380 und so auch § 446, hier namentlich, wenn es sich um Übergabe eines Grundstücks handelt. Auch im Falle der Versendung muß angenommen werden, daß, sobald die Gefahr übergeht, dem Käufer die Früchte zukommen, z. B. die Milch einer Kuh während der Beförderung;

2. Forderungen auf Kostenersatz, so §§ 367, 396, 767, 1118, 1159, 1178, (1192), 1210, (1264). Vgl. auch § 558 (606, 1057).

III. Von Zinsen als Nebenleistungen gilt folgendes: Vielfach besteht eine gesetzliche Zinspflicht; die Höhe der gesetzlichen Zinsen ist 4 % (bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5 %, § 352 H.G.B.); die Zinspflicht beruht teils auf den Zwecken des Prozesses, so die Zinspflicht für Geldschulden vom Eintritt der Rechtshängigkeit an, wovon als einer prozessualischen

Erscheinung hier nicht zu handeln ist, § 291; oder sie beruht auf zivilrechtlicher Erwägung nach dem Grundsatze: Geld für Geld, sofortiges Geld für sofortiges Geld; wenn daher Geld für fremde Zwecke verwendet worden ist und eine Ersatzpflicht besteht, so muß der erst später eintretende Ersatz durch Zinsen vervollständigt werden. Darum die gesetzliche Zinspflicht

1. bei Aufwendungen für fremdes Vermögen, § 256, dies namentlich auch bei der Geschäftsbesorgung;

2. bei der widerrechtlichen Verwendung von fremdem Vermögen, das man auf dem Wege der Geschäftsbesorgung oder in ähnlicher Weise erlangt hat, §§ 668 (675, 681, 687, 713, 2218, 27, 86), 1834, 698;

3. Vermögensbeschädigung von Gegenständen durch unerlaubte Handlung oder infolge Verzuges ist Wertvernichtung. Für den Ersatz gilt auch hier der Grundgedanke: sofortiges Geld für sofortiges Geld, so § 290 und § 849, der allerdings nur von Sachen und ihrer Entziehung und Beschädigung spricht, aber weiter auszudehnen ist und beispielsweise auch von der Entziehung eines Patentrechts gilt.

4. Der Grundsatz: sofortiges Geld gegen sofortiges Geld besteht auch in Austauschverhältnissen, in der Art, daß der übertragene Gegenstand und der Geldgegenwert in Bezug auf ihre Nutzung sich entsprechen müssen. Sobald also der Käufer den Gegenstand in seine Nutzung erhält, hat er den Kaufpreis zu verzinsen, § 452 und ähnlich § 641 beim Werkvertrag; dies gilt auch dann, wenn er den Preis wegen anderer Leistung zurückhalten darf; nur dann ist es anders, wenn Stundung gewährt ist, denn dann verzichtet der Stundende auf den Satz: sofortiges Geld für sofortiges Geld; diese Ausnahme gilt während der Stundungszeit: nach ihrem Ablauf tritt die Regel ein, von selbst, ohne weitere Mahnung und Erinnerung.

5. Über die Verzugszinspflicht, § 288, vgl. oben S. 86.

d) Geschäftsbesorgung und Aufwendung.

§ 43.

I. Geschäftsbesorgung ist Vollziehung von Rechtshandlungen gegenüber einem dritten und die Vollziehung aller derjenigen Handlungen, welche mit solchen Rechtshandlungen in

vorbereitendem oder sicherndem Verhältnis stehen, welche sie ermöglichen, unterstützen oder befestigen sollen; dahin gehören

1. Rechtsgeschäfte, namentlich Geschäfte des Kommissionärs, Agenten, Vermittlers;

2. Rechtshandlungen (im engeren Sinn): Kündigung, Mahnung, Erklärungen aller Art; zur Geschäftsbesorgung gehören auch die Rechtshandlungen des Prozeßrechts;

3. alles, was zur Vorbereitung, Sicherung und Beweisstellung solcher Rechtshandlungen gehört, mithin insbesondere die geschäftliche Auskunftserteilung, die zum Zweck vorteilhafter Rechtshandlung gepflogenen Nachforschungen, die Besprechungen mit dritten zur Veranlassung des Geschäftsabschlusses, die Eintragung in Bücher, die Beurkundungstätigkeit, die Veranlassung der Beweissicherung usw.

II. Dagegen fallen Dienstleistungen, welche sich auf die Person beziehen, z. B. ärztliche Leistungen, und unterrichtende und belehrende Leistungen und ebenso Stoffleistungen, die zur Herstellung, Umarbeitung beweglicher Sachen führen sollen, nicht unter die Geschäftsbesorgung.

III. Daß die Geschäftsbesorgung besonders ausgeschieden wird, hat den Grund, daß die Berührung mit dem Rechte regelmäßig eigenartige Folgen mit sich führt. Sie verlangt

1. eine besondere Geistesrichtung und dementsprechend eine besondere Anspannung der Geisteskraft: daher Haftung für alle Sorgfalt, außer in den Fällen des gesellschaftlichen Wirkens, wo bloß für Eigensorgfalt eingestanden wird. Sie führt

2. zu Eingriffen in fremdes Vermögen, zur Innehabung fremder Sachen, zur Treuwaltung und bewirkt daher von selber, daß auf der einen Seite Ansprüche auf Rechenschaftsablegung und Herausgabe entstehen, auf der anderen Seite Rechte auf Ersatz der Aufwendungen.

In dieser Beziehung gilt folgendes: der Geschäftsbesorger hat

a) Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen, §§ 666 (675, 713, 2218, 27, 86, 681), 1681 und 1890;[1]) er hat

b) das von ihm durch Geschäftsbesorgung Erlangte herauszugeben, nicht aber dasjenige, was ihm gelegentlich der Geschäfts-

---

[1]) Auch bei vorzeitiger Beendigung, R.G. 28. Okt. 1903 Entsch. 56 S. 116.

besorgung zukam, z. B. wenn ihm diese Geschäftsbesorgung Veranlassung gab, ein günstiges Geschäft für sich abzuschließen, sofern dies nur mit seinen Pflichten als Geschäftsbesorger nicht in Widerspruch stand; auch dann nicht, wenn ihm für seine Bemühungen von dritter Seite eine Belohnung zuteil wird, soweit die Annahme einer solchen Zuwendung nicht als unzulässig erscheint, §§ 667, (675, 713, 2218, 27, 86, 681), 1681, 1890.[1])

c) Er hat das erlangte Geld, soweit er es für sich verbraucht, zu verzinsen; denn es tritt die Folge ein, als habe er auch dieses geschäftsbesorgungsweise im Interesse des Geschäftsherrn getan, §§ 668, (675, 681, 687, 713, 2218, 27, 86), 1834.

d) Er hat das Recht auf Ersatz der Aufwendungen und zwar in der Art, daß ihm nicht nur die objektiv zweckmäßigen Aufwendungen zu ersetzen sind, sondern auch alle, welche er für nötig hielt und mit entsprechender Sorgfalt für nötig halten konnte: wer Geschäftsbesorger ist, der soll, sofern er vorsichtig und redlich verfährt, nicht zu Schaden kommen, §§ 670,(675,683,713,2218,27,86),1648,1835,B.G.B.,§ 110 H.G.B.

e) Aber er hat nicht das Recht, den Schaden ersetzt zu verlangen, der ihm bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung zugestoßen ist, denn es ist kein Grund vorhanden, solchen Schaden anders als bei sonstigen Dienstleistungen zu beurteilen. Die Frage könnte nur bezüglich gewisser Arten der Geschäftsbesorgung, bei Auftrag und bei Gesellschaft, aufgeworfen werden und ist dort weiter zu führen.

3. Die Geschäftsbesorgung führt, den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entsprechend,

a) eine besondere Anzeigepflicht mit sich und verpflichtet

b) vielfach auch den Erben zur Anzeige, wenn durch den Tod des Geschäftsbesorgers das Verhältnis erlischt, §§ 666, 673, (675, 713, 727, 2218) (zu a und b); 27, 86, 681 (zu a); 1894 (zu b). Vgl. oben S. 24.

4. Das Geschäftsbesorgungsverhältnis hat die Eigenheit, daß es mitunter nur relativ erlischt, indem der Geschäftsbesorger, wenn er von dem Erlöschungsgrund nichts weiß, weiter in der Richtung der Geschäftsbesorgung handeln

[1]) Vgl. R.G. 8. Juni 1908 J. Z. VII S. 525.

darf und vollständig gedeckt ist, sowohl gegen alle Haftungen, als auch für alle Aufwendungen; wobei jedoch das Kennenmüssen des Erlöschungsgrundes dem Kennen gleich steht, §§ 674, (675, 2218), 729, 1424, 1682, (1893). Das ist allerdings nicht der Fall, wenn das Geschäftsbesorgungsverhältnis durch Widerruf oder Kündigung des anderen Teils erlischt, sofern nur diese Rechtshandlungen vollendet sind, sollten sie auch nicht zur Kenntnis des Geschäftsbesorgers gelangt sein, denn dies beruht auf Verhältnissen in seinem Kreise, für die er aufzukommen hat, §§ 674, 729.

5. Geht auch die Geschäftsbesorgungspflicht nicht auf die Erben über, so ist doch vielfach (nicht immer) der Erbe zur Notbesorgung berechtigt und verpflichtet, d. h. zu den unaufschieblichen Tätigkeiten, die nötig sind, bevor in normaler Weise anderweitig geholfen werden kann, §§ 673, (675), 727 (hier auch die übrigen Gesellschafter), (2218). Bei Vater und Vormund gilt ähnliches, wenn das Kind stirbt, § 1683 (1893); ähnliches gilt für die ehemännliche Verwaltung, § 1424.

IV. Die Geschäftsbesorgung kann vertragsmäßig übernommen sein und zwar unentgeltlich: dann kennzeichnet sich der Vertrag als Auftragsvertrag; sie kann entgeltlich übernommen sein, dann liegt bald Dienstvertrag, bald Werkvertrag vor: Werkvertrag dann, wenn die Vergütung nicht für die Geschäftsbesorgungshandlung, sondern für die Ergebnisse der Besorgung erfolgt. Sie kann auch als Nebenleistung neben dem Kaufgeschäft vorkommen,[1] sie kann in Gesellschaftsverhältnissen vorkommen: dann wird sie beeinflußt von den Rechtsgrundsätzen der Gesellschaft (S.117). Sie ist auch außerhalb der Vertragsverhältnisse als Ausfluß der Menschenhilfe denkbar. Die Geschäftsbesorgung kann aber auch hervorgehen aus gesetzlicher Ermächtigung; ein Hauptfall ist der des § 383 B.G.B. und der entsprechenden Bestimmungen des H.G.B. Dazu kommt die Geschäftsbesorgung in Organschaftsverhältnissen (Vorstand,

---

[1]) So die Auskunftserteilung des Bankiers bei Verkauf von Papieren, R.G. 24. Sept. 1898 Entsch. 42, S. 125, 27. Febr. 1903, Monatsschr. f. Handelsr. XII S. 151, 16. April 1904 Jurist.Zeit. IX S. 650. Hierbei kommt es natürlich in Betracht, wenn die Auskunft durch Überreichung von Auskunftspapieren ergänzt oder beschränkt wird, R.G. 26. Jan. 1904 Monatsschr. XIII S. 107.

Testamentsvollstrecker) und in Verhältnissen des Familienrechts (Ehemannsverwaltung, elterliche Gewalt, Vormundschaft).

V. In Bezug auf die Möglichkeit der Stellung eines Ersatzmannes zweien sich die verschiedenen Arten der Geschäftsbesorgung. Beim Auftrag ist die Ersatzstellung durch nachgiebiges Recht als unstatthaft erklärt, so § 664; ebenso beim geschäftsführenden Gesellschafter, § 713; vom Testamentsvollstrecker gilt das Gleiche, § 2218, und ebenso vom Vorstand von Verein und Stiftung, § 27, 86; noch mehr natürlich vom Vater und Vormund. Dagegen ist bei Werkverträgen die Anwendung der Ersatzstellung jedenfalls nicht grundsätzlich, sondern höchstens durch die Umstände des einzelnen Falles ausgeschlossen, § 675, und selbstverständlich gilt dies auch vom Geschäftsführer, vgl. § 681 (wo der § 664 nicht erwähnt ist); für Dienstverträge gilt § 613.

VI. Von der Geschäftsbesorgung wohl zu unterscheiden sind Gefälligkeiten des täglichen Lebens, die nicht in die Kreise des Rechts fallen, weil sie in Gebieten liegen, die vom Recht nicht berührt werden. Dahin gehört insbesondere das Ratgeben; wenn jemand es übernimmt, im Leben einen anderen zu beraten, so ist dies kein Auftragsverhältnis und darum kann die Verantwortung niemals eine rechtsgeschäftliche, sondern nur eine Verantwortung aus unerlaubter Handlung sein, wie solche sich selbst dann entwickeln würde, wenn jemand, auch ohne die Beratung des andern übernommen zu haben, arglistig verführe. Anders natürlich dann, wenn das Ratgeben einen geschäftlichen Charakter hat, wie bei einem Auskunftsbureau, oder wie beim Anwalt, sofern sich dieser als solcher, und nicht etwa außergeschäftlich vertraulich, äußert, oder wie bei einem Bankier, der seinen Kunden Geschäftspapiere empfiehlt, § 676.

VII. Auch Aufwendungen außerhalb der Geschäftsbesorgung haben gewisse Besonderheiten.

1. Verwendungen, die auf Grund eines Rechtsverhältnisses erfolgen, das mit Anvertrauung einer Sache verbunden ist, unterliegen, ebenso wie die Entschädigungsansprüche wegen Mißbrauchs der Sache einer verkürzten (6monatlichen) Verjährung, die mit Beendigung der Rechtsverhältnisse bezw. mit

Rückgabe des anvertrauten Gegenstands beginnt, so bei Miete § 558, Leihe § 606, so auch beim Nießbrauch § 1057;

2. auf Grund von Verwendungen ohne Geschäftsbesorgung, ohne Geschäftsführung und ohne ein sonstiges Verhältnis gilt nur ein beschränktes Ersatzrecht, §§ 1001 fg., wovon im Sachenrecht zu handeln ist.

e) Anerkennung.

§ 44.

I. Anerkennen heißt einen Rechtszustand schaffen, aber als einen nicht neuen, sondern als einen schon vorhandenen. Dies enthält eigentlich einen logischen Widerspruch in sich; allein dieser Widerspruch wird ausgeglichen durch den Umstand, daß zwischen wirklichem Recht und der individuellen Kenntnis des Rechtszustandes oft eine große Kluft gähnt und daß das wirkliche Recht häufig unsicher ist: wer in diesem Falle einen Rechtszustand schafft als einen bereits vorhandenen, sagt: ich glaube zwar, daß der Zustand bereits besteht; für den Fall aber, daß er nicht bestehen sollte, schaffe ich ihn nunmehr, und für den Fall, daß er anders bestehen sollte, schaffe ich ihn um; und zwar schaffe ich ihn in der Art, daß, soviel ich vermag, der Zustand mit der Wirkung entsteht, als ob er von jeher bestanden hätte.

II. Eine solche Rechtserzeugung geschieht durch dieselbe Art, wie die Rechtserzeugung überhaupt erfolgt: handelt es sich um dingliches Recht, so geschieht sie in der Art der Begründung des dinglichen Rechts; handelt es sich um Schuldrecht, so geschieht sie in der Art des Schuldversprechens, § 781.

III. Die Anerkennung kann auch eine negative sein: man erkennt das Nichtvorhandensein eines Rechtszustandes an, d. h. man führt das Nichtvorhandensein herbei, aber nicht als ein neues Nichtvorhandensein, sondern mit der Erklärung, daß es sein soll, wie wenn der Rechtszustand nie vorhanden war. Die logische Auflösung dieses Widerspruches ist dieselbe wie vorhin. Die negative Anerkennung erfolgt durch Aufgebungsakt, bei Schuldverhältnissen durch Verzicht (Erlaßvertrag), § 397.

IV. Soweit eine beliebige Rechtsschöpfung nicht möglich ist, ist auch eine Anerkennung nicht möglich; daher nicht im Gebiete des Familienrechts; im Gebiete des Erbrechts nur

insoweit, als durch Geschäfte unter Lebenden ein erbrechtliches Verhältnis hervorgerufen werden kann, was insbesondere bei Vermächtnissen der Fall ist, die ja nach dem B.G.B. stets schuldrechtliche Vermächtnisse sind. Auch auf dem Gebiete der Immaterialrechte kann die Anerkennung nur insoweit wirken, als die Rechtserzeugung wirken kann. Man kann z. B. durch Anerkennung der Nichtigkeit eines Patentes das Patent aufheben, man kann aber nicht bewirken, daß das Patentrecht niemals bestanden hat; die Anerkennung kann daher niemals die nämliche Wirkung herbeiführen wie die Nichtigkeitserklärung des Patentamts. Ebenso ist, wo ein Geschäft verboten oder für außerhalb der Rechtsordnung stehend erklärt wird, die Anerkennung nichtig oder unwirksam: was nicht unmittelbar, das kann auch nicht mittelbar herbeigeführt werden, § 762. Etwas anderes wäre es, wenn die Frage, ob etwas Verbotenes oder etwas vom Verbote nicht Berührtes vorliegt, durch Anerkennung in der Art entschieden wird, daß letzteres der Fall sein soll; sofern solches nur nicht eine Umgehung des Verbots enthält, und eine solche Umgehung läge vor, wenn ernstliche Zweifel nicht begründet waren, sondern nur vorgespiegelt wurden, um durch Anerkennung ein unzulässiges Ergebnis zu erzielen.

V. Die Anerkennung gibt sich nicht als eine Leistung, denn sie will nur Vorhandenes bestätigen, sie ist daher keine Schenkung; sie hat aber als Lösung von Unsicherheit Leistungscharakter, sodaß sie sehr wohl Opfer rechtfertigen und daher zum Bestandteil gegenseitiger Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse werden kann, wie Vergleich, Abrechnung; wobei es dann der Schriftform (§ 781) nicht bedarf, § 782.

2. Leistungen mit mittelbarer Zweckbestimmung.

a) Schadensersatz.

§ 45.

I. Die Leistungen des Schuldrechts können mittelbar und unmittelbar sein. Mittelbare Leistungen sind die, welche an Stelle von etwas anderem treten sollen, das nach der normalen Entwicklung der Verhältnisse sich gestaltet hätte: die normale Gestaltung ist nicht eingetreten, oder sie ist verschoben worden, und dementsprechend ist etwas zu leisten, was diese ersetzt.

Damit ist nicht gesagt, daß diese Leistungspflicht eine sekundäre ist; möglicherweise ist sie eine sekundäre, indem die Leistung zunächst auf das normale gerichtet ist; möglicherweise ist sie aber eine primäre, indem sich jemand vorweg zum Schadensersatz und zu nichts weiterem verpflichtet hat.

In Rechtsverhältnissen ist die Ersatzpflicht allerdings meist eine sekundäre, indem der Schuldner zunächst zur normalen Leistung und nur in zweiter Linie zum Schadensersatz verbunden ist. Dies gilt auch für das Versicherungsrecht, denn auch hier geht die Leistung primär auf Übernahme der Gefahr, erst sekundär auf Ersatz. Anders ist es im Unrechtsverkehr.

Man spricht in allen diesen Fällen von Schadensersatz.

II. Daraus ergibt sich von selber: die Schadensersatzpflicht besteht darin, daß das herbeigeführt wird, was normalmäßig sein sollte (Wiederherstellung); daß es herbeigeführt wird, soweit es überhaupt noch herbeigeführt werden kann, denn nicht immer sind die Verhältnisse in des Menschen Hand, sodaß er beliebig die Dinge der Welt wieder in einen früheren Zustand zurückzuversetzen vermöchte: und nicht nur die Naturordnung, sondern vielfach auch die Rechtsordnung sträuben sich mitunter gegen eine derartige Wiederherstellung. Ist sie nicht möglich, dann wird der Schadensersatz zur Entschädigung, vgl. §§ 251, 281, 557, 597, 559; vgl. auch 253, 847, 1300, 912, 917: es wird eine Vermögensgestaltung geschaffen, welche so geartet ist, daß sie die Vermögensgestaltung, welche bei normaler Entwicklung einträte, im Werte aufwiegt. Die Entschädigung ist die Hingabe eines Gleichwertes, und es tritt auch hier der obige Gedanke hervor, der das ganze Schuldverhältnis beherrscht, daß das Vermögensrecht nach zwei Richtungen hin in Betracht kommt, nach der sonderartigen Bedeutung der Gegenstände und nach dem Wert, den sie darstellen (S. 8).

In gewissen Fällen nimmt die Gleichwertung besondere Formen an, so wenn jemand in seinem Erwerb und Fortkommen benachteiligt wurde, §§ 842, 843, 618.

III. Die Entschädigung in Gestalt eines Gleichwertes in Vermögen gegenüber einer Sachwiederherstellung läßt sich auch auf dem Gebiete der Personenverletzung durchführen;

nur daß hier die Gleichwertung eine andere ist. Hier steht nicht Vermögen und Vermögen gegenüber, sondern Personeninteresse und Vermögen. Da aber das Vermögen dazu beitragen kann, das Personeninteresse zu heben, da das Vermögen die Mittel zur Befriedigung persönlicher Bestrebungen gibt, so kann auch in solcher Weise ein Gleichwert geschaffen werden, ein Gleichwert in der Art, daß an die Stelle der unberührten Persönlichkeit die mit Vermögensgenuß und Vermögensverfügung versehene und dadurch in ihrem Genußkreise erweiterte Persönlichkeit tritt. Dies ist umso notwendiger, als sonst für den Personenersatz nichts gegeben wäre; so wenn die Person physischen Schmerz zu leiden hat oder wenn sie starke seelische Erschütterungen erfährt. Das deutsche Recht drängte von jeher dahin, auch für derartiges einen Wertersatz zu geben, so das Schmerzensgeld der Carolina, so das sogenannte Kränzchen für das deflorierte Mädchen u. a. Leider hat das gemeine Recht die Idee mehr und mehr abgeworfen, und auch das B.G.B. ist, wie bekannt, nur in wenigen Fällen auf das Schmerzensgeld zurückgekommen, § 253; auf dem Gebiete des Vertragsrechts nur bei Beurteilung der Vertragsstrafe, § 343; im Personenrecht bei der Behandlung der deflorierten Verlobten, § 1300, sonst nur im Unrechtsverkehr in den Fällen des § 847, bei Körperverletzung, Freiheitsberaubung und gewissen Unsittlichkeiten gegen Frauenpersonen.[1]) Das ist viel zu eng: nicht einmal bei Tötung gestattet man den Hinterbliebenen eine Vergütung seelischer Schmerzen.[2])

Eigenartig gestaltet sich das Entschädigungsrecht bei der Tötung, sofern dem Getöteten gegenüber nur die Beerdigung als Ersatzleistung übrigbleibt. Aber eine Ausstrahlung seines Rechts ist das Recht der Hinterbliebenen; es ist ja im Sinn des Getöteten, für die Hinterbliebenen zu sorgen, und der Getötete erwirbt durch die Tötung ein Recht auf solche Fürsorge: also ein Fall des Rechtserwerbs zu Gunsten dritter! Und eine solche Ausstrahlung findet in gewissem Maße auch bei Körperverletzung und Freiheitsberaubung statt, §§ 844, 845, 618.

---

[1]) Vgl. § 618, wo nur §§ 842—846 angeführt sind.

[2]) Hierüber und über die „Buße“ vgl. Encyclop. I, S. 652f.

IV. Eine Wiederherstellung ist möglich, wenn die wirtschaftliche Lage unter Berücksichtigung der besonderen Umstände so wiedergegeben werden kann, daß ein erheblicher Unterschied gegen früher nicht besteht. Danach ist zu beurteilen, ob, wenn etwas Zerbrochenes zusammengefügt oder etwas Zerrissenes genäht wird, darin eine Wiederherstellung zu erblicken ist. Die Wiederherstellung kann auch in Leistung eines gleichartigen Gegenstandes liegen, wenn dieser als geeignet erscheint, alle, auch die eigenpersönlichen Interessen zu decken; sie kann natürlich auch in der Befreiung von der Verbindlichkeit bestehen, wenn jemand eine Verbindlichkeit eingegangen hat und dafür Ersatz verlangt, vgl. §§ 257, 853; sie kann auch in einer Sicherstellung liegen, wenn eine Sicherheit abhanden gekommen ist und jemand dafür durch andere Sicherheit aufkommen muß, z. B. wenn jemand eine Quittung oder eine Anerkennungsurkunde verloren hat; zur Wiederherstellung kann auch die Klärung des Verhältnisses durch Auskunftserteilung und Rechnungslegung gehören.[1])

Ist die Wiederherstellung unmöglich und deswegen Entschädigung zu leisten, so sind die Reste der beschädigten Sache, und überhaupt, was noch von dem Ursprünglichen vorhanden ist, dem Schadensersatzpflichtigen zu übereignen; denn es entsteht nun neben dem Entschädigungswerte ein Überschuß im Vermögen des Berechtigten, der zur Ausgleichung führt.

V. Die Entschädigung ist also in Vermögenssachen das allenfallsige, die sachliche Wiederherstellung dagegen das in erster Reihe geschuldete, § 249. Von diesem Grundsatze gibt es verschiedene Abweichungen, die teilweise schon aus früherer Erwägung hervorgehen:

1. Sofern nämlich eine Wiederherstellung zwar möglich, aber nur mit ganz außerordentlichen Kosten zu bewirken wäre, würde es eine Schikane darstellen, wenn der Berechtigte auf der Wiederherstellung bestünde; so § 251, Abs. 2 (ist nichts als eine Anwendungsform des § 226); vgl. S. 27;

2. auch dem Berechtigten kann möglicherweise ein Wertersatz angenehmer sein als ein Ersatz in Wirklichkeit, denn die Verletzung, welche den Täter zum Schadensersatz ver-

---

[1]) Vgl. O.L.G. Köln 6. Dezb. 1902 J. Z. VIII S. 576.

pflichtet, enthält oft eine solche Unbilligkeit gegen den Verletzten, daß man diesem nicht zumuten kann, sich mit dem Verletzer persönlich in Verkehr zu setzen. Daher gilt folgendes:

a) bei Verletzung einer Person wäre das Entsprechende die Herbeiführung vollständiger Gesundheit,

b) bei Beschädigung der Sache wäre das Zutreffende die Wiederversetzung der Sache in den früheren Stand durch Aufhebung der Folgen der schädigenden Einwirkung. Beides würde leicht zu schweren Zusammenstößen führen, und man muß es darum dem Berechtigten zugestehen, lieber die Wiederherstellung auf andere Weise zu suchen und den Verpflichteten mit dem Geldwert, d. h. mit dem zu belasten, was nötig ist, um die Minderung zu vergüten, § 249. Der dritte Fall

c) endlich ist der, wenn der Realschadenersatz nicht in baldiger Zeit erfolgt. Hier tritt zu dem bisherigen Schaden noch der weitere Schaden der Entbehrung. Nun könnte man immerhin die Wiederherstellung begehren und für die Entbehrung noch eine Entschädigung hinzuschlagen; allein nicht selten verliert die Realwiederherstellung ihren Wert, wenn sie sich zu sehr verzögert, sodaß in solchem Fall nicht eine Verbindung von Realwiederherstellung und Entschädigung gerechtfertigt ist, sondern Entschädigung für das Ganze. Hier gilt nun das obige Prinzip von der Freiwahl bei der Verzeitung: der Berechtigte kann eine Frist setzen, nach deren Ablauf an Stelle von Realherstellung Entschädigung tritt, § 250. Vgl. S. 58, 86.

Ist die Wiederherstellung teilweise geleistet, so hat der Berechtigte ebenfalls die Freiwahl, eine Frist zu setzen, damit das Übrige ergänzt wird, in der Art, daß, wenn diese Ergänzung nicht stattfindet, an Stelle der Sachherstellung Vollentschädigung trete; auch an Stelle der bereits gewährten teilweisen Sachherstellung, denn niemand braucht sich eine teilweise Sachherstellung, mit teilweiser Geldentschädigung gefallen zu lassen. Wohl aber kann der Berechtigte sich dies gefallen lassen; er kann auch, wenn eine teilweise Sachherstellung möglich ist, darauf bestehen.

VI. Die Entschädiguug ist der Geldersatz statt der wirklichen Wiederherstellung; daraus ergibt sich von selbst:

1. hat der Schaden den Träger fremder Interessen getroffen, so sind diese fremden Interessen für die Entschädigungs-

höhe maßgebend. Hat daher jemand als Kommissionär ein Geschäft für einen anderen abgeschlossen und tritt in bezug auf das hierdurch abgeschlossene Geschäft ein Schade ein, sei es durch Nichterfüllung oder schlechte Erfüllung, so ist natürlich dieses Interesse des dritten das maßgebende: die Entschädigung tritt auch hier an die Stelle der wirklichen Wiederherstellung. Nur muß hier folgendes in Betracht gezogen werden: wußte der Schädigende nichts von der Beteiligung des dritten und ist das Interesse dieses dritten ein bedeutend höheres, als der Schädigende nach den Umständen annehmen konnte, so wird in der Regel der Fall vorliegen, daß es geschäftsgemäß Sache des Kommissionärs gewesen wäre, von der Beteiligung des dritten und von der hierdurch bedingten Steigerung des Interesses dem anderen Kenntnis zu geben, damit er eine besondere Sorgfalt anwende; auf Grund dessen kann nach Maßgabe des § 254 eine Minderung in der Entschädigung eintreten, natürlich nicht unter den Betrag, den der Schaden erreichen würde, wenn es sich um das erkennbare Interesse des Kommissionärs selber handelte.

2. Der Vermögenswert, welchen die wirkliche Wiederherstellung hätte, kann natürlich in den verschiedensten Zeiten der Betrachtung ein verschiedener sein. Wollte die Rechtsordnung nun die Entschädigungshöhe stets diesem Interesse anpassen, dann würde sie sich auf eine schaukelnde See ständig wechselnder Wertbeurteilungen begeben, und es wäre keine Beruhigung abzusehen. Das widerspräche der Aufgabe der Rechtsordnung völlig, und dies insbesondere bei Entschädigungsfragen, welche an sich schon geeignet sind, die Beteiligten zu erbittern und von der sonstigen Kulturarbeit abzulenken. Darum hat man von jeher einen bestimmten Augenblick als Norm angenommen, und das kann bei uns nur der Augenblick sein, in welchem eine beiderseitige Feststellung oder eine rechtskräftige richterliche Entscheidung erfolgt. Was die richterliche Entscheidung betrifft, so ist allerdings noch folgendes in Betracht zu ziehen.

Würde die wirkliche Wiederherstellung im Augenblick des Urteils erfolgen, so wäre zwar manches vergütet, es wäre aber die Entbehrung in der Zeit vom Schadenereignis bis zum Urteil nicht in Betracht gezogen: sollte es sich

daher um wirkliche Wiederherstellung handeln, so würde neben der Wiederherstellung noch der Wertbetrag dieser Entbehrung zu erstatten sein; in gleicher Weise muß natürlich, wenn an Stelle der Wiederherstellung Entschädigung tritt, diese einmal dem Wertverhältnis der Wiederherstellung zur Zeit des Urteils angepaßt werden; außerdem aber ist die Entbehrung der Zwischenzeit in Rechnung zu ziehen. Nebenbei kommt, sofern es sich um Sachverletzung oder Sachzerstörung handelt, noch die Zinspflicht der §§ 290 und 849 in Betracht (S. 116).

In einem Fall allerdings hat unsere Rechtsordnung die Bestimmung gegeben, daß infolge künftiger Entwicklung, welche zeigt, daß die Entschädigung eine ungenügende war oder über das Maß hinausging, nachträglich eine Berichtigung eintreten solle. Es ist der Fall des § 323 Z.P.O., es ist aber ein Fall, der deshalb eigen geartet ist, weil es sich um eine Rentenentschädigung handelt, bei welcher eine in die Zukunft gestellte Leistung stets die Interessen der Zukunft berührt, sodaß hier eine Berücksichtigung der neuen Interessenlage als ganz besonders angezeigt erscheint. Den gleichen Grundsatz hat auch die Unfall-Versich. Gesetzgebung, § 88f. Gew.Unf.V. u.a.[1])

VII. Beim Schadensersatz kommt nicht nur das Vermögen als tote Masse in Betracht, sondern das Vermögen als Erzeuger neuen Vermögens und als werbendes Gut.[2]) Wer daher das Vermögen schädigt, schädigt es auch nach dieser Richtung hin und bewirkt also nicht nur eine Minderung gegenüber dem früheren Stande, sondern zerstört auch eine Quelle weiteren Einkommens.

Daher enthält die Entschädigungspflicht die Haftung für entgangenen Gewinn. Eine solche Haftung gilt, trotzdem das Vermögensgut nicht vereinzelt, sondern im Zusammenwirken mit anderen Gütern neue Erfolge erzielt; denn eben dadurch, daß

[1]) Es handelt sich also nicht um die prozessualische Rechtskraftfrage, sondern um die zivilrechtliche Frage, welcher Augenblick für die Umwandlung der wirklichen Wiederherstellung in einen Entschädigungsbetrag maßgebend ist, und um den zivilrechtlichen Satz, daß der Augenblick dieser einmaligen Feststellung für immer maßgebend bleibt. Irrig ist es daher, hier mit den prozessualischen Rechtskraftbegriffen zu operieren. Dieser Irrtum liegt insbesondere auch der anregenden Schrift von Schwartz, das Billigkeitsurteil des § 829, zu Grunde.

[2]) Vgl. Enzyklopädie I S. 652.

man den einen Zweckbildner genommen hat, hat man das Zusammenwirken unmöglich gemacht und infolgedessen den ganzen Schaden herbeigeführt.

VIII. Der entgangene Gewinn kann ein Gewinn sein 1., der von selbst angefallen, und 2. einer, der dem Beschädigten nur angeboten worden wäre, sodaß er ihn annehmen konnte oder nicht. Das erste kann wiederum sicher oder bloß wahrscheinlich sein. Auch im zweiten Fall ist möglicherweise das Schicksalsangebot sicher, sodaß der Verletzte den Gewinn sicher hätte annehmen können; ob er ihn allerdings angenommen hätte, läßt sich meist nicht mit Gewißheit sagen, sondern nur mit Wahrscheinlichkeit erschließen.

Zur ersten Art gehört z. B. der Anfall einer Erbschaft, die jemandem zugekommen wäre, wenn er den Zeitpunkt erlebt hätte; der Anfall eines Losgewinnes, der ihm sicher erwachsen wäre, wenn er das Los gehabt hätte; der Warengewinn, der sicher eingetreten wäre, wenn die Ware das Ziel erreicht hätte. Dagegen kann anderes wieder zweifelhaft sein, so z. B. ein Wettgewinn: wäre das Automobil nicht beschädigt, wäre der Mann nicht verwundet worden, so hätte er bei einem Wettspiel mitwirken können und vielleicht oder wahrscheinlich den Preis errungen.

Die Wahrscheinlichkeit ist natürlich Wahrscheinlichkeit nach dem Stande zu der Zeit, wo die Gewinnmöglichkeit sich zeigt, nicht Wahrscheinlichkeit zur Zeit der Beschädigung (wie man unter Mißverständnis des § 252 annehmen könnte); denn das Schicksal eröffnet oft plötzliche Gewinnanwartschaften, an die man zur Zeit des Schadenseintritts nicht dachte, oder verschließt solche, die man sicher erhoffte.

Was aber die seelische Frage zu 2 betrifft, ob man den angebotenen Gewinn hätte annehmen können oder wollen, so ist die eigenartige Geschäftslage, der bisherige Geschäftsgebrauch und sind die sonst im Leben betätigten Grundsätze des Verletzten zu berücksichtigen; besonders entscheidend ist es aber, wenn der Beteiligte, als ein solcher Gewinn in Aussicht stand, die nötigen Veranstaltungen zur Annahme getroffen hatte. Man denke sich den Fall: jemandem ist eine vorteilhafte Stellung angeboten; er hat bereits den Annahmebrief geschrieben, wird aber in dem Augenblick, wo er ihn zur Post bringen will, angefallen und so verwundet, daß die

Annahme der Stelle nicht erfolgt und nicht mehr erfolgen kann. Darauf deuten auch die „Anstalten“ und „Vorkehrungen“ in dem recht unglücklich gefaßten § 252 hin.

Ganz besonders schwierig wird die Sache, wenn es sich um einen unsicheren Spekulationsgewinn handelt und die Frage hervortritt, ob der Berechtigte die unsichere Spekulation gemacht und den vielleicht damals sehr unsicheren Gewinn nachträglich erworben hätte: hier häuft sich Zweifel auf Zweifel.[1])

IX. Der entgangene Gewinn kann der entgangene Erstgewinn sein: aber auch ein daraus entspringender Zweitgewinn kann bedeutsam werden: an den ersten negativen Erfolg kann sich ein zweiter und weiterer anschließen.

Sind wir aber schon bei dem ersten Erfolg meist im Gebiet der bloßen Wahrscheinlichkeit, so rückt die Sache noch weiter ab, wenn wir die Möglichkeit betrachten, daß aus dem Erstgewinn ein weiterer Gewinn hervorgegangen wäre: wenn man sich z. B. aus dem erlangten Geld Waren angeschafft und durch den Handel weiteres erlangt hätte. Auf solche Weise die Berechnung weiter zu treiben, ist an sich nicht unstatthaft, allein die Wahrscheinlichkeit liegt hier immer ferner, sodaß wir sie schließlich nicht mehr als eine für das Recht in Betracht kommende Möglichkeit berücksichtigen können. Ist beispielsweise der Erstgewinn sicher, so taucht die weitere Frage auf, ob auf Grund dessen eine Geschäftslage für den Zweitgewinn eingetreten wäre, und dann, ob man diese Geschäftslage hätte benutzen können und wirklich benutzt hätte. Mit diesen Wahrscheinlichkeiten zweiten Grades geht es schlank abwärts, ich möchte sagen, in „geometrischer Progression“, sodaß regelmäßig hier keine genügende Spannung mehr vorhanden ist, um die geringe Wahrscheinlichkeit noch im Gebiete des Rechts zu erhalten.

Bis wie weit man die Sache treiben kann, hängt von den zwei Fragen ab:

1. In welchem Grade mindert sich die Wahrscheinlichkeit?

2. Welche Wahrscheinlichkeit ist im Geschäftsleben und folgeweise im Rechtsleben noch in Betracht zu ziehen?

---

[1]) Vgl. R.G. 25. Mai 1904 Bankarchiv IV S. 89.

Beides bemißt sich nach den im gesunden Verkehr als richtig erkannten Geschäftsgrundsätzen; im gesunden Verkehr, der sich von leichtsinnigem Treiben ebenso fern hält wie von übermäßiger Bedenklichkeit.

§ 46.

Eine Erhöhung der Schadensersatzpflicht ergibt sich aus folgendem:

Wer in fremdes Vermögen bewußt widerrechtlich eingreift, haftet nicht nur für den Schadenersatz im obigen eigentlichen Sinn, er haftet auch als widerrechtlicher Geschäftsführer, § 687. Er haftet daher

1. für Rechnungsablegung,
2. für Zinsvergütung bezüglich des benutzten Geldes,
3. für allen Schaden aus der Nichtbenachrichtigung über wichtige Ereignisse: denn es waltet der Gedanke, den das englische Recht dahin ausspricht, daß man einen widerrechtlichen Täter wie einen „Trustee“ des Verletzten behandeln könne.

Er haftet aber

4. insbesondere für alle Vorteile, welche ihm jene in der Verletzung des fremden Vermögens enthaltene Geschäftsführung gebracht hat, §§ 666, 667, 668, 681, 687.[1])

Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, daß der Vorteil, den er sich hierbei verschaffte, oft das Ergebnis des Zusammenwirkens mehrerer Kräfte ist, derjenigen, die ihm zu Gebote standen, und derjenigen, die er dem anderen widerrechtlich entzog; und darum wäre es ungerecht, wenn er von diesem Standpunkt aus alle Vorteile herauszugeben hätte; vielmehr muß hier eine verhältnismäßige Verteilung des Ergebnisses auf die verschiedenen einwirkenden Vermögensbildner stattfinden, z. B. wenn jemand unter Gebrauch fremden Geldes eine günstige Spekulation gemacht, wenn jemand unter Benutzung eines fremden Pferdes einen Preis gewonnen, wenn jemand unter

[1]) Dies habe ich schon seit 25 Jahren in meinen patentrechtlichen Schriften hervorgehoben, vgl. Handbuch des Patentrechts S. 568f., wo auch über die nachfolgende Frage. Meine Aufstellung ist natürlich im Anfang von aller Welt bekämpft worden; schließlich hat sie am 8. Juni 1895 Bl. f. Patentwesen I S. 241 auch das RG. (allerdings ohne Erwähnung meiner) angenommen!

Benutzung einer fremden Geige in einem Konzert eine riesige Summe verdient, wenn jemand unter Benutzung einer fremden Flinte den Preis ausgeschossen hat: in allen diesen Fällen, ist nur dasjenige dem Eigner des fremden Gutes zu erstatten, was die Sache dem Schädigenden unter gewöhnlichen Umständen, ohne Dazutun seiner besonderen Kräfte ergeben hätte; so auch dann, wenn der Vorteil in der Abwendung eines Schadens besteht, wenn z. B. die Benutzung einer fremden Erfindung es ermöglicht hat, etwas aufzubewahren, was zu Grunde gegangen wäre: hier kann das Bewahrungsmittel nur in Betracht gezogen werden, insofern es mehr wirkt als andere Mittel, die bereits im Gebrauche sind. Man kann daher, wenn derselbe Wert von Mk. 10000 durch ein anderes Hilfsmittel unter Aufwendung von Mk. 300 zu erhalten gewesen wäre, und das unberechtigte Hilfsmittel die Erhaltung der Sache unter Aufwendung von Mk. 200 ermöglicht hat, nicht etwa den Betrag von Mk. 10000, sondern nur den Betrag von Mk. 100 dem unberechtigten „Konservierungsmittel" zu gute schreiben.

§ 47.

I. Eine scheinbare Abmilderung liegt in folgendem:

Der zu ersetzende Schaden ist der Schaden als Gesamtergebnis, weshalb, wenn durch dieselbe Schadenstätigkeit teils Nachteile, teils Vorteile entstehen, beides ineinander einzurechnen ist und nur dasjenige als Schaden zu gelten hat, was nach Abzug des Vorteils bleibt.[1]) So wenn z. B. infolge der Beschädigung ein Unterhaltsanspruch gegen einen dritten entsteht,[2]) oder wenn durch die Zerstörung eines Teils der übrige Teil des Ganzen mehr wert wird als früher. Dazu gehört auch der Fall, wenn durch die Schadenstätigkeit selbst Ersparnisse gemacht worden sind, wie z. B., wenn der Arbeiter schlechtes Material genommen und entsprechend nur einen geringeren Materialpreis angerechnet hat.

Hauptfälle sind der Fall der Schadensgesamthaftung und der Fall des zusammenhängenden Gesamtwirkens:

---

[1]) Vieles Material bietet Oertmann in seiner Schrift über die Vorteilsausgleichung. Vgl. jetzt auch R.G. 29. April 1904, Seuffert 60 Nr. 35.

[2]) Was Versicherungsansprüche betrifft, so gilt dies nur unter Vorbehalt; davon ist im besonderen Teile zu handeln.

1. Ist jemand durch mehrere mitwirkende verantwortliche Tätigkeiten geschädigt worden, sodaß er infolgedessen zwei Entschädigungsansprüche hat, so ist er durch das Unrecht des einen dadurch bereichert, daß er zugleich einen Ersatzanspruch gegen den anderen hat; er kann daher vom einen den Schadensbetrag nur begehren mit Abzug dessen, was er vom anderen erlangt. So insbesondere, wenn jemand, welcher verwahrungspflichtig in Bezug auf eine Sache oder verwaltungspflichtig in Bezug auf einen immateriellen Gegenstand war, es infolge mangelhafter Verwahrung oder Verwaltung ermöglicht hat, daß ein dritter durch unerlaubte Handlung die Sache oder den Gegenstand schädigte, wenn z. B. die Sache bei mangelhafter Verwahrung gestohlen wurde, in welchem Falle ein Anspruch gegen den Verwahrer und ein Anspruch gegen den Dieb entsteht: erlange ich hier Entschädigung vom Dieb, so bin ich durch die Tätigkeit des Verwahrers nur noch insofern geschädigt, als der Ersatz des Diebes mich nicht vollkommen für das deckt, was der Verwahrer mir zu leisten hat; entschädigt mich der Dieb nicht, so habe ich allerdings eine Entschädigungsforderung gegen diesen, die Forderung aber kann wegen ihrer Unsicherheit keinen Abzug an der Entschädigungshaftung des Verwahrers bewirken: ich kann nicht mit einer solchen unsicheren Anwartschaft abgefertigt werden; andererseits darf ich nicht beides: reale Entschädigung und Entschädigungsforderung gegen den Dieb miteinander verbinden, — ein Widerspruch, der dadurch gelöst wird, daß mir der Verwahrer vollständige Entschädigung zu leisten hat gegen Abtretung meiner Forderung an den in letzter Reihe Verpflichteten. Vgl. auch § 255, welcher nicht auf den dort bezeichneten Fall beschränkt ist, sondern überall Anwendung findet, wo neben einer rechtsgeschäftlichen Haftung eine Haftung aus unerlaubter Handlung besteht.[1])

---

[1]) Besteht keine rechtsgeschäftliche Haftung, sondern zwei Vergehenshaftungen nebeneinander, dann bedarf es einer Abtretung nicht, da dann nach § 840 der Zweitverpflichtete durch Erfüllung von selbst in die Forderung gegen den Erstverpflichteten eintritt, mithin eine Anhäufung von Entschädigung und Entschädigungsforderung in der Hand des Gläubigers nicht vorliegt. Aber auch in § 255 hätte das System des unmittelbaren Eintritts kraft Erfüllung gewählt werden sollen; vgl. §§ 57, 65, 72, 73, 76 Kranken-Vers.Ges., §§ 136, 140 Unfall-Vers.Ges., § 54 Invaliden-V.Ges. u. a.

2. Besteht eine Gesamttätigkeit aus einer Reihe von Einzeltätigkeiten, deren Einzelergebnisse sich zum Gesamtergebnis zusammenschließen, und ist hier die eine Einzeltätigkeit außergewöhnlich erfolgreich, die andere außergewöhnlich schlecht, dann darf man nicht aus dem Gesamtergebnis das einzelne herausgreifen, man muß vielmehr das Gesamtergebnis als solches nehmen, und es muß dann die Frage aufgeworfen werden, ob das Gesamtergebnis als ein der ordnungsmäßigen Normaltätigkeit entsprechendes zu betrachten ist oder nicht. Vorausgesetzt ist natürlich, daß die Gesamttätigkeit eine wirkliche Gesamttätigkeit ist, sich also auf dasselbe Vermögen bezieht.

II. Eine wirkliche Abmilderung tritt in den obigen Fällen (oben I S. 557) ein, wo bloß das negative Interesse zu ersetzen ist. Der Gedanke ist der: man sieht von den Vorteilen des Geschäftes ab: was dieses normalmäßig an Gewinn gebracht hätte, hat der Schadensstifter nicht zu vergüten; dann bleibt nur der Nachteil übrig, daß man überhaupt auf das Geschäft einging.

Daraus ergibt sich von selber: da somit die Haftung für das negative Interesse eine Abmilderung der Schadenhaftung ist, so kann sie natürlich nicht mehr gewähren, als bei dem vollständigen Schadensersatz zu leisten gewesen wäre.

Im übrigen gelten hier die gewöhnlichen Grundsätze des Schadensersatzes:

1. Auch hier kommt Schaden und entgangener Gewinn in Betracht; als Schaden:

a) die Aufwendungen, die gemacht wurden, um die geschäftsgemäße Leistung vollziehen zu können, wobei die gewerbliche Tätigkeit, die gewöhnlich nur gegen Zahlung geleistet wird, ebenfalls als Aufwendung betrachtet werden muß;

b) der Schaden, der durch die Geschäftsvollziehung eingetreten ist; so wenn dabei durch Zufall Gegenstände des Leistenden zerstört oder beschädigt worden sind.

Als entgangener Gewinn kommt in Betracht, was jemand deswegen nicht erwirbt, weil er, auf das Geschäft vertrauend, andere Geschäfte nicht machte, weil er annahm, daß er durch das Geschäft genügend gedeckt oder sein Kapital dadurch bereits gebunden sei.

2. Der Grundsatz, daß der negative Schaden nie höher sein darf als der positive, führt zu folgenden Ergebnissen:

a) hätte man bei normalmäßiger Entwicklung einen geringeren Gewinn gemacht als in dem Falle, wenn man noch frei gewesen wäre und die Gelegenheit zu einem anderen Geschäft hätte benutzen können, so kann nur das erstere verlangt werden; beispielsweise, wenn man etwas für 1000 Mk. verkauft und dadurch eine Gelegenheit versäumt hat, es für 1200 Mk. zu verkaufen, so gilt nur der Betrag von 1000 Mk. als Norm: der Minderbetrag ist Folge des normalen Geschäfts!

b) Wenn bei normalmäßigem Gang der Sache ein Verlust entstanden wäre, so muß auch dieser Verlust abgehen.[1])

3. Auch hier gilt der Grundsatz der Gewinnberücksichtigung (compensatio lucri cum damno, daher auch § 255; auch hier gilt der Satz vom zusammentreffenden Verschulden, § 254 (unten S. 137f.).

III. Von den Fällen des Schadensersatzes sind die Fälle der Wertvergütung zu unterscheiden, wo nur der sog. Sachwert, d. h. der allgemeine Verkehrswert ersetzt wird, und zwar entweder der gesamte Wert oder die Wertminderung, die der Gegenstand im Fall der Beschädigung erleidet. Es fällt daher hier weg 1. der besondere Schaden, den der Beschädigte nach seinen höchsteigenen Beziehungen zu dem betroffenen Vermögensgegenstand erlitten hat; es fällt 2. weg der entgangene Gewinn. Ein solcher Wertersatz kommt vor

---

[1]) Man denke sich die Fälle: A. verkauft in Frankfurt Gattungssachen mit dem Erfüllungsort Berlin. Der Kauf wird nach § 119 angefochten und ist infolgedessen nichtig. Die Waren, die nach Berlin versandt wurden, gehen unterwegs verloren. Wäre das Geschäft in Ordnung gegangen, so hätte der Verkäufer den Schaden tragen müssen. Er kann daher, wenn das Geschäft angefochten wird, keinen Ersatz des Schadens verlangen, der in solcher Weise den übersandten Waren zugestoßen ist, denn er hätte den gleichen Verlust auch bei normalmäßigem Vollzug eines gültigen Geschäftes gehabt. Anders wenn das Geschäft mit dem Erfüllungsort Frankfurt abgeschlossen wurde: in solchem Fall hätte der Verkäufer normalmäßig trotz des Verlustes den ganzen Kaufpreis zu verlangen; daher kann er auch bei negativem Schadenersatz die in Verlust gegangene Sache insoweit ersetzt verlangen, als ihr Wert dem Kaufpreis entspricht, den ihm der andere Teil bei normalmäßiger Abwicklung des Geschäfts hätte zahlen müssen. So nach § 122.

1. bei der Ausgleichungspflicht: diese beruht auf der Erscheinung, daß die Rechtsordnung nicht immer mit dem ersten Anlauf ihr Ziel erreicht, sondern häufig zunächst hinter dem Ziele bleibt oder über das Ziel hinaus schießt, sodaß eine Berichtigung eintreten muß, worüber später zu handeln ist. Die Ausgleichung vollzieht sich im Fall der ungerechtfertigten Bereicherung, im Fall einer Mehrheit von Gesamtschuldnern oder Gesamtgläubigern, vgl. einerseits §§ 818, 346, 951, vgl. auch §§ 552, 615, 649, andererseits §§ 426, 430, 774 u. a.; so auch im Fall des § 473 und sonst.

Ein Wertersatz kommt aber auch vor

2. im Fall der Aufwendungsvergütung §§ 256, 670, 683, 713 u. a.,

3. im Fall des Aufbrauchs der einen Vermögensmasse durch die andere, bei mehreren verbundenen Vermögen, §§ 1039, 1377, 1466, 1539, 589, 593;

4. im Fall der zu vergütenden Wertzuwendung, §§ 733, 1067, 1477, 1502, 2055, 2325, 2329, vgl. auch 487, 507 B.G.B.;

5. in gewissen Fällen der geminderten Ersatzpflicht, §§ 430, 457, 611 H.G.B. u. a.; vgl. auch noch § 2170 B.G.B.

IV. Der Wertersatz erfährt eine Änderung beim Ersatzerwerb: hier tritt an Stelle des einen Gegenstandes ein anderer, der mit dessen Wert angeschafft worden ist. Der Ersatzerwerb beruht auf dem Gedanken, daß ein Ganzes bleibt, wenn auch die Einzelheiten wechseln. Davon ist bereits (I S. 479) die Rede gewesen. Vgl. auch § 1247, worüber unten.

V. Im Fall einer Mehrheit von Schadensbringern tritt regelmäßig keine Minderung der Haftung ein (vgl. S. 141); denn

1. wenn mehrere rechtswidrig gehandelt haben und durch ihre Verbindung die Rechtswidrigkeit zustande brachten, so ist jedes Tun voll ursächlich: durch die Unterlassung eines jeden wäre die Folge abgewendet worden (vom Fall des Gehilfen bei der unerlaubten Handlung ist hier nicht zu sprechen); daher muß ein jeder für den ganzen Erfolg aufkommen: somit haften die mehreren als Gesamtschuldner; dies auch dann, wenn die mehreren etwas unterlassen haben, was sie hätten tun sollen, wo daher die pflichtgemäße Tat des einen den Schaden verhütet hätte;

2. wenn das schuldhafte Handeln des einen und das nicht schuldhafte Handeln des anderen den Erfolg herbeigeführt

hat, dann muß doch derjenige, der wegen seines Verschuldens haftet, den ganzen Erfolg tragen, denn auch hier folgert man, daß ohne dieses schuldhafte Verhalten der Erfolg nicht eingetreten wäre.

3. Wohl aber gilt eine Abmilderung, wenn mit dem schuldhaften Verhalten des Schadenbringenden ein unvernünftiges Verhalten des Beschädigten zusammentrifft; in solchem Fall kann folgendes eintreten:

a) Es kann, wie man zu sagen pflegt, der Ursachenzusammenhang unterbrochen sein, d. h. der Fall sich so gestalten, daß der Schaden lediglich dem unvernünftigen Verhalten des Beschädigten zur Last zu legen ist: hier fällt natürlich die Haftung des ersteren aus. Davon ist in der Lehre vom Ursachenzusammenhang (bei den unerlaubten Handlungen) zu sprechen.

b) Wohl aber kommt hier der Fall in Frage, wenn die Unvernunft des Beschädigten nicht erst den Schaden erzeugt, sondern nur vergrößert hat. Hier gilt folgendes:

Zwischen dem Verletzer und dem Verletzten tritt eine notwendige Genossenschaft insofern ein, als das mit der verletzenden Tätigkeit verbundene oder ihr nachfolgende Verhalten des Verletzten zugleich auf den Erfolg der Verletzung und damit auf die Haftung des Verletzers einwirkt. Daher der Satz: der Verletzte ist genossenschaftlich gehalten, nicht in einer solchen Weise zu handeln, daß die verletzende Tätigkeit des Verletzers Erfolg hat, oder daß sich ihr Erfolg vergrößert; tut er dies, in einer verantwortlichen Weise, so haftet er in der Art, daß hierdurch die Haftung des Verletzers abgemildert oder ganz aufgehoben wird, § 254. Vgl. Anhang.

VI. Da mithin von einer genossenschaftlichen Verbindlichkeit und einer Verletzung dieser die Rede ist, so ergibt sich folgendes:

1. Das Prinzip des § 278 findet hier vollständige Anwendung, und der Verletzte hat daher für das Tun seines gesetzlichen Vertreters und das Tun der bei seinem Verhalten behilflichen Personen einzustehen.[1])

---

[1]) Daß der § 254 ungenau gefaßt ist, indem § 278 nur im 2. Absatz erwähnt wird, statt in einem selbständigen, zu beiden Absätzen gehörigen 3. Absatz, ist so klar, daß eine weitere Ausführung überflüssig wäre, vgl. Arch. f. ziv. Praxis 96 S. 355f.

2. Ebenso findet das Prinzip des § 829 seine Anwendung, und da wegen § 278 die Haftung nicht auf den gesetzlichen Vertreter abgewälzt werden kann, so kommt die halbvernünftige Handlungsweise des Wahnsinnigen und Kindes zu voller Geltung; noch mehr natürlich die Handlung der Vernünftigen nach § 828 Abs. 2.[1]) Vgl. 32.

3. Gesteigert ist die genossenschaftliche Pflicht, wenn der eine Teil durch Hinweis auf eine besondere Gefahr den anderen zur größeren Vorsicht anhalten sollte, welcher Hinweis sowohl bei Vertragsverbindlichkeiten, als auch in sonstigen Lebensverhältnissen vorkommen kann, wo immer sei es die Höhe der Gefahr, sei es die Größe des gefährdeten Gutes eine Anzeige als geboten erscheinen läßt. Namentlich kommen hier Fälle des Werk- und Verwahrungsvertrags in Betracht, wo das anvertraute Gut besonders wertvoll oder besonders empfindlich ist. Dabei kann sich allerdings ereignen, daß der Unternehmer völlig schuldlos ist, da erst die Kenntnis der besonderen Art des Gutes ihn zu besonderen Handlungen verpflichtet hätte: dieser Fall scheidet hier aus, denn hier fällt die Schuld und damit die Haftung des Schuldners ganz aus (oben S. 137).

4. Ein Verschulden im Sinne dieser Schadensgenossenschaft kann auch nach dem Schadensereignis stattfinden: auch hier kann der Fall so vorliegen, daß die unvernünftige Handlungsweise eine neue Ursächlichkeit bietet, sodaß der „Kausalzusammenhang unterbrochen“ ist und der nunmehrige Schaden völlig auf die Seite des Betroffenen fällt. Dies scheidet aus; möglicherweise aber wird durch Förderung der Schadensentwicklung lediglich eine Erhöhung herbeigeführt: hier gilt unser Prinzip; so, wenn etwa der Beschädigte eine Sach- oder Körperverletzung achtlos behandelt, oder wenn der körperlich Beschädigte sich gegen eine ungefährliche sicher heilende Operation sträubt, während der Verletzende die nötigen Mittel dazu vorzustrecken bereit ist. Hier kann man nicht aus § 249 entgegenhalten, daß der Verletzte einfach Geldentschädigung zu verlangen habe, ohne mit dem Beschädiger weiter in Verkehr zu treten; letzteres kann der Beschädiger auch nicht begehren: aber er kann begehren, daß seine Geldentschädigung so bemessen

---

[1]) RG. 5. Mai 1902 Entsch. 51 S. 275.

wird, daß sie einem Schaden entspricht, wie er sich bei vernünftigem Verhalten des Verletzten gestaltet hätte; wobei sein Hinweis auf eine schadensmindernde Möglichkeit und die Erleichterung dieser Möglichkeit durch Geldvorschuß mit in Betracht kommen kann. Ob aber eine bestimmte Operation oder sonstige Behandlungsweise dem Beschädigten zugemutet werden kann, ist eine Frage des einzelnen Falles.

Ein solches Mitverschulden kann aber namentlich dann vorliegen, wenn der Beschädigte durch anderwärtige Deckung oder durch Selbstbeseitigung das Fortwachsen des Schadens hätte verhüten können und es nicht getan hat.[1]) Vgl. Anhang.

VII. Im Fall der Schadengenossenschaft tritt der Gesichtspunkt hervor, den sonst unser Gesetz zu seinem Nachteil abgelehnt hat: es wird bei Bemessung der Haftung der größere oder geringere Grad der Vernunftwidrigkeit in Betracht gezogen, allerdings der Grad der Vernunftwidrigkeit in Verbindung mit anderen Momenten, insbesondere mit der größeren oder geringeren Gefährlichkeit des gegnerischen Tuns, — ein Punkt, der im Vertragsrecht, wie im Fall der unrechten Tat von Bedeutung ist. Man wird beispielsweise, wenn ein Dampfer mit einem Schifferboot zusammenstößt, wohl in Betracht ziehen müssen, daß ein Dampfer schon an sich größere Gefährlichkeiten mit sich führt, weshalb es ungerecht wäre, wenn beide auf gleiche Stufe gesetzt würden; und wenn auch die Gefährlichkeit an sich hier noch keine Haftung bewirkt, so muß sie doch, sobald auf Grund der Verschuldung eine Haftung eintritt, mit in Betracht gezogen werden; auch schon deshalb, weil, je größere Gefahr etwas bringt, desto größere Achtsamkeit geboten wird. Ist die Haftung auf der einen Seite eine Haftung kraft Gefährlichkeit und ohne daß ein Verschulden erfordert wird, so muß auf dieser Seite die Gefährlichkeit, auf der anderen Seite die Vernunftwidrigkeit abgewogen werden: es wäre durchaus unrichtig, wenn man wegen der geringfügigsten Verschuldung des Beschädigten ihm einen jeden Schadensersatz aberkennen wollte; also wenn etwa jemand von einem Hund gebissen wird, weil er ihn aus Versehen getreten hat, oder wenn jemand von einer Eisenbahn überfahren worden ist, weil er nicht auf das Signal aufgemerkt hat (§ 1 Haftpflichtges.

[1]) Kammergericht 26. Januar 1904, Mugdan VIII S. 393.

steht nicht entgegen). Kommt natürlich zu dem gefährlichen Betrieb noch ein Verschulden des Betreibenden hinzu, dann fällt dieses mit in die Wagschale.[1])

§ 48.

Ausnahmsweise ist die Entschädigung gesetzlich festgelegt worden. Das war früher in hohem Maße der Fall, wo gar oftmals ein Vielfaches des Sachwertes zu leisten war, was zu gleicher Zeit den Schaden decken sollte. Ein bis in die neueste Zeit praktischer Fall war es, daß bei unbefugter Theateraufführung der Bruttoertrag statt der Entschädigung zu entrichten war. Im B.G.B. findet sich etwas Ähnliches noch in den §§ 557, 597, sofern der Mieter oder Pächter, wenn er widerrechtlich im Besitz bleibt, einen entsprechenden Miet- oder Pachtzins als Entschädigung zu entrichten hat: der Mieter einfach nach Maßgabe der Dauer der Vorenthaltung — so auch wenn die gemietete Sache wegen Beschädigungen erst nachträglich zurückgegeben werden kann,[2]) — der Pächter nach Maßgabe des möglichen Nutzungs- und Fruchtbezugs; jedoch beides vorbehaltlich einer höheren Entschädigung. Dieses gilt auch dann, wenn der auf solche Weise im Lauf der Zeit angelaufene Mietzins den Wert der Sache erheblich übersteigt, es müßte denn Brauch des Geschäftszweiges sein, daß in solchem Fall die gemietete vertretbare Sache als käuflich übernommen gilt (Sackmiete!). Dazu kommen die Bestimmungen des Gewerberechts, so § 124b u. a.; hierüber Enzyklop. I S. 652f.; auch das Liegegeld des Seeverkehrs, §§ 567f., 594f. H.G.B., §§ 30, 59 B.Sch.G. gehört hierher.[3])

§ 49.

Das B.G.B. hat in vielen Beziehungen den modernen Ideen Rechnung getragen. Dagegen ist es in anderer Weise

[1]) Das will § 254 besagen mit der vorwiegenden Verursachung; falsch wäre es, sie als vorwiegende Verschuldung zu deuten: vielmehr will es heißen: je nach Vorwiegen der für die Haftung maßgebenden Rechtsbildner; vorwiegend verursacht, d. h. bei der Verursachung in einer für die Haftung vorwiegend entscheidenden Weise beteiligt. Vgl. auch R.G. 5. Mai 1902 Entsch. 51 S. 275. Eine Rechtsähnlichkeit bietet auch § 640.

[2]) O.L.G. Hamburg 3. Dez. 1903, Mugdan VIII S. 392.

[3]) O.L.G. Hamburg 21. Nov. 1902, O.L.G. Karlsruhe 25. Juni 1901, Mugdan VI, 57.

völlig in alten Pandektenvorstellungen stecken geblieben, vor allem in folgendem:

Es hat völlig verkannt, daß bei der fahrlässigen Schadenzufügung mit der Fahrlässigkeit stets ein oder das andere Gran Zufall verbunden ist. Sehr häufig ist dieses Zufallsmoment sogar sehr stark, indem eine ganz einzigartige auffallende Verstrickung der Verhältnisse den Schaden herbeigeführt oder doch bedeutend vermehrt hat. Diesem Umstand hat man keine Beachtung geschenkt; der Pandektensatz, daß, wo sich Schuld und Zufall verbinden, der ganze Erfolg der Schuld zuzuschreiben ist, beherrscht das B.G.B. Es läßt den Zufallszuschuß nur dann zur Geltung kommen, wenn dabei irgend eine Unvernünftigkeit des Beschädigten mit unterläuft (S. 137); ist das nicht der Fall, dann wird das Ganze erbarmungslos dem schuldhaften Täter zur Last gelegt, und das ist ein schweres Unrecht. Dabei wird auch gar keine Rücksicht genommen auf die Vermögensverhältnisse, und der Gedanke des § 829 ist nicht ausgedacht worden.[1])

Auf solche Weise ist das Schadensersatzprinzip des B.G.B. sehr unvollkommen, ja es enthält in vielen Beziehungen gegenüber dem bisherigen Partikularrechte einen bedauerlichen Rückstand; und das ist den Redaktoren umsomehr zum Vorwurf zu machen, als schon damals alle diese fruchtbaren Elemente lebhaft erörtert wurden. Nur darin haben sie die Höhe des Verschuldens zur Geltung gebracht, daß die Haftung kraft widerrechtlicher Geschäftsführung (S. 131) bloß im Falle bewußten Unrechts eintritt.

b) Vertragsstrafe und Draufgeld.

§ 50.

I. Vertragsstrafe ist ein vertragsmäßig[2]) festgesetzter Gegenwert für die Schäden, welche aus der Nichterfüllung einer Leistungsverpflichtung oder aus der Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungsverpflichtung hervorgehen, und zwar in der Art, daß dieser Gegenwert entweder die Leistung oder

---

[1]) Vgl. auch Horten, Schadenersatz und Strafe (1905).

[2]) Vertragsmäßig; dadurch unterscheidet sie sich von der rechtsähnlichen Einrichtung, welche in Arbeitsordnungen und dgl. vorkommt; diese unterliegt den Bestimmungen über Arbeitsordnung (Enzykl. I S. 640 f.).

das Interesse der Unterlassung vollständig deckt, oder daß er nur die Schäden deckt, die aus der Leistungsmangelhaftigkeit oder Verspätung einerseits oder aus der einmaligen Zuwiderhandlung andererseits hervorgehen; sodaß neben diesem Gegenwert noch die Verpflichtung zur Leistung oder die Verpflichtung zur weiteren Unterlassung bestehen bleibt. Im ersteren Falle tritt der Gegenwert an Stelle der Schuldleistung und saugt diese auf, jedoch mit einer Ausnahme: besteht der Gegenwert in Geld, so soll er zwar die Schuldleistung nach der Leistungsseite aufsaugen, nicht aber nach der Entschädigungsseite; denn neben ihm kann zwar die Hauptleistung nicht verlangt werden; sofern aber die Hauptleistung in eine Entschädigungspflicht übergeht, soll der Gegenwert nur das Mindestmaß der Entschädigung darstellen und einen höheren Betrag nicht ausschließen. Anders ist es, wenn der Gegenwert nicht in Geld besteht: hier saugt der Gegenwert die Schuldleistung völlig auf, nicht nur nach ihrer Leistungs-, sondern auch nach ihrer Entschädigungsseite. Die Aufsaugung geschieht mit dem Verlangen des Gegenwertes, natürlich auch mit der Annahme des freiwillig Angebotenen. So §§ 340, 342. Im zweiten Fall besteht das Schuldverhältnis noch in seinem vollen Gehalt neben der Vertragsstrafe, und diese kann in der angegebenen Weise nur diejenige Schadenspflicht aufsaugen, welche sich rein auf Verspätung oder auf die einmalige Zuwiderhandlung bezieht, nicht aber die Hauptschuld; wie auch die Annahme der Hauptleistung den für die Verspätung oder für die Mangelhaftigkeit zu zahlenden Gegenwert nicht aufsaugt, außer sofern sie eine vorbehaltlose Annahme ist und damit einer Billigung gleichsteht, § 341.

II. Die Vertragsstrafe kann auch in einer Herabsetzung des Kaufpreises und in einem Zusatz zur Verzinsung bestehen,[1]) denn es macht keinen Unterschied, in welcher Weise die Vermögensminderung bewirkt wird; sie kann auch in Diensten bestehen: Strafdienst; dagegen ist es keine Vertragsstrafe, wenn jemand für den Fall des Verzuges sich den Rücktritt oder die Kündigung vorbehält, denn der etwaige Nachteil,

---

[1]) Z. B. 4%, im Fall unpünktlicher Zahlung 5%, Kammergericht 22. Mai 1900, Mugdan I S. 115.

der hierdurch eintritt, ist nur ein mittelbarer; was alles sehr wichtig ist für die Frage, ob nach § 343 eine Minderung der Vertragsstrafe erfolgen kann. Sind allerdings mit Rücktritt oder Kündigung weitere Verluste verbunden, z. B. Verlust des bisher geleisteten, dann sind diese Verluste als Vertragsstrafe zu betrachten.

Die Vertragstrafe kann auch eine allenfallsige sein; so wenn jemand, der keine „Zahlungskontrolle“ beibringen kann, zur nochmaligen Zahlung verpflichtet wird: dies ist für den Fall, daß er wirklich schon bezahlt hat, eine Vertragsstrafe.[1])

III. Die Vertragsstrafe soll Gegenwert bieten für die Erfüllung einer Verbindlichkeit, und zwar entweder einer rechtswirksamen Verbindlichkeit oder einer solchen Verbindlichkeit, der die Rechtswirksamkeit nur darum fehlt, weil sich die Parteien auf die Vertragsstrafenhaftung beschränken wollen (oben S. 16 f.).

Sonst ist eine Vertragsstrafe für eine nicht zu Recht bestehende Verbindlichkeit unzulässig und nichtig; sie ist nichtig oder unwirksam, wenn das Schuldverhältnis nichtig oder unwirksam ist, sie ist unwirksam, wenn das Schuldverhältnis wirksam war, aber erloschen ist; sie lebt wieder auf, wenn das Schuldverhältnis wieder auflebt, § 344. Vgl. auch oben S. 102.

IV. Das Recht auf Vertragsstrafe steht demjenigen zu, der das Anrecht auf Schadensersatz hat. Sie soll eine besondere Art des Schadensersatzes darstellen; woraus von selbst hervorgeht, daß das Schadensersatzrecht und das Recht der Vertragsstrafe nicht auseinander gezerrt werden dürfen und es daher nicht statthaft ist, die Vertragsstrafe durch Forderungsabtretung von der Hauptforderung in der Art loszutrennen, daß sie einem anderen zusteht als demjenigen, der das Forderungs- und damit das Schadensersatzrecht hat. Vgl. S. 161.

Doch ist es statthaft, von vornherein die Vertragsstrafe zu Gunsten eines dritten zu bedingen; denn in solchem Falle ist der in der Betreibung der Strafe liegende Zwang doch nicht völlig in das Befinden eines dritten gestellt: wenn der dritte die Strafe ausschlägt, so kann sie immerhin vom Versprechensempfänger betrieben werden.

---

[1]) So bei den Straßenbahnbillets vgl. Seelmann, Arch. f. bürgerl. Recht XXV S. 209 f.

V. Die Grundsätze über Schadensersatzpflicht gelten auch für die Vertragsstrafe, weshalb diese regelmäßig nicht kraft einfacher Nichterfüllung verfällt, sondern nur bei Verzug und Verschuldung,[1]) § 339; doch kann etwas Entgegengesetztes bestimmt werden, was statthaft ist: es müßte denn sein, daß die Zuwiderhandlung eine rechtliche oder sittliche Pflicht wäre, in welchem Fall die Strafe eine Unsittlichkeit darstellen würde. So ist es statthaft, für jeden falschen Ton im Orchester eine Vertragsstrafe zu bestimmen oder für jede Unterbrechung, z. B. durch Husten, oder für jedes Nichterscheinen, ohne Rücksicht auf den Grund: letzteres ist absolut notwendig, um viele, oft recht erfolglose Untersuchungen abzuschneiden, namentlich in Künstlerkreisen, wo zudem eine genaue Grenze zwischen Laune und Indisposition häufig jeder Feststellung spottet; wogegen eine Zuwiderhandlung dann niemals eine Vertragsstrafe herbeiführen kann, wenn sie geschieht, um einen ohnmächtig Gewordenen zu unterstützen oder um eine schwere Gefahr, z. B. eine Feuersbrunst, vom Theater abzuwenden.

Auch hier gilt der Satz, daß sich die Rechtsordnung nicht vollkommen dem Zufall des Lebens anheim gibt, weshalb, wenn der Verfall durch den Gläubiger in einer gesellschaftswidrigen Weise herbeigeführt wird, die Vertragsstrafe rechtlich nicht als verfallen gilt. Vgl. oben I S. 566, 575.

VI. Der Vertragsstrafschuldige kann einen nach billigem (gerichtlichem) Ermessen zu bestimmenden Teil verweigern, wenn die Vertragsstrafe nach den Verhältnissen des Falles, namentlich mit Rücksicht auf die geringe Höhe des Schadens (Vermögensschadens wie ideellen Schadens) als übermäßig zu betrachten ist.[2]) Dies ist als soziale Bestimmung zwingenden Rechtes. Daraus geht hervor:

1. Er kann kraft dieser Einredebefugnis klageweise eine richterliche Festsetzung verlangen, daß die Vertragsstrafe um ein Bestimmtes zu hoch ist, und das Gericht kann infolge der klageweisen Geltendmachung der Einrede eine Ermäßigung eintreten lassen, § 343; die richterliche Ermäßigungsbefugnis

---

[1]) O.L.G. Braunschweig, 7. Januar 1902, Seuffert 57, No. 59.

[2]) Vgl. O.L.G. Dresden 26. Okt. 1903; Mugdan VIII S. 43.

ist nicht in der Art aufzufassen, als ob der Richter kraft seiner Machtvollkommenheit das vorhandene Recht minderte; sie ist auch nicht so aufzufassen, als ob ein besonderes Gerichtsrecht gegenüber dem Gesetzesrecht bestünde: sie ist lediglich die Folge der Erhebung einer zu Recht bestehenden Einrede.

2. Die Einredebefugnis kommt auch in anderer Weise zur Geltung, namentlich durch Einrede im Prozeß[1]) und durch Beschränkung des Deckungsrechts des Gläubigers: das Deckungsrecht geht nur auf die billige Entschädigung, sei es daß dem Gläubiger Deckungsmittel zur Verfügung gestellt worden sind,[2]) sei es, daß die Deckung durch Aufrechnung geschieht.

3. Im Fall der Erfüllung gibt es keine Rückforderung.

VII. Dieser Satz von der Minderung kommt auch bei einer Teilnichtleistung in Betracht: ob hier die gesamte Vertragsstrafe zu entrichten ist oder nicht, ist zunächst davon abhängig, ob der Gedanke der Vertragsstrafe dahin geht, die unbedingte Vollständigkeit der Leistung zu erzwingen, oder ob die Vertragsstrafe einfach für die Nichtleistung als Nicht-Leistung festgesetzt ist, in welchem Falle bei einem bloß teilweisen Mangel eine entsprechende Ermäßigung eintreten muß.

VIII. Besonderes gilt im Handelsrecht §§ 348, 351, wovon hier nicht zu sprechen ist.

§ 51.

Die Draufgabe (Arrha) kann Reueprämie sein, sodaß ihre Zahlung die Rücktrittsbefugnis bedingt, vgl. § 359. Dies war ursprünglich ihre regelmäßige Gestalt, heutzutage ist dies nicht mehr der Fall: heutzutage hat sie regelrecht den Charakter einer Vorausleistung, die im Augenblick des fest abgeschlossenen Vertrages gegeben wird und für den Fall, daß die Leistungspflicht in eine Entschädigungspflicht übergeht, als vorausbezahlte Mindestentschädigung zu gelten hat, sodaß natürlich eine weitere Entschädigung nicht ausgeschlossen ist, §§ 337, 338. Sie kann in jeder gegenständlichen Vermögenszuwendung bestehen und beispielsweise auch durch Besitzauftragung (Konstitut) erfolgen, auch durch Forderungsübertragung, auch durch vertragsmäßige Aufrechnung.

---

[1]) R.G. 1. Mai 1903 Jur. W.-Beil. XXXII S. 96.

[2]) Kammergericht 22. Dezbr. 1902, Mugdan VI S. 232.

V. Einheit der Leistung.

1. Gesamtschuldnerschaft.

§ 52.

I. Eine Gesamtschuldnerschaft liegt vor, wenn mehrere Personen dem gleichen Gläubiger dieselbe Leistung schulden. Sie ist auch bei Leistungen für Dritte möglich.

In gleicher Weise können auch mehrere Wertrechte für dieselbe Zwecksumme bestehen.

II. Dem Gläubiger steht die Freiwahl zu, einen, mehrere oder alle zur Deckung in Anspruch zu nehmen, § 421. Die gleiche Befugnis hat, bei Verträgen zu Gunsten Dritter, dieser Dritte.

III. Hierdurch tritt ein Zufallsmoment ein, welches der Gerechtigkeit nicht genügt; daher muß eine Rechtsordnung, welche ihre Bestimmung in feiner Weise erfüllen will, zu Ausgleichungen führen, und zwar in der Art, daß, wenn mehrere Verpflichtete hinter einander stehen, die Sache schließlich auf demjenigen haften bleibt, der von der Rechtsordnung als der eigentlich zutreffende und maßgebende Schuldner bezeichnet wird. Auf diese Weise führt die Ausgleichung zum Rückgriff, und natürlich zum Rückgriff des in späterer Reihe Stehenden gegen den Früheren, nicht umgekehrt (Rückgriffsrechte); und stehen mehrere Verpflichtete in gleicher Reihe, so ist es der Gerechtigkeit entsprechend, daß die Last unter ihnen angemessen verteilt wird (S. 149).[1])

IV. Jede der Gesamtschulden ist eine Schuld für sich; sie laufen nur in die gemeinsame Spitze aus, daß sie auf dieselbe Leistung gehen. Mithin kann die eine Schuld deckungsfähig, die andere eine natürliche Verpflichtung sein, die eine bedingt und befristet, die andere unbedingt und unbefristet (daher mit verschiedener Verjährung); zur einen können Zusätze hinzutreten, zur anderen nicht; für die eine kann ein Bürge bestellt sein, für die andere nicht usw. Ebenso kann das eine Schuldverhältnis unmittelbar entstehen, das andere durch Abtretung, vgl. § 281. Ebenso sind auch ihre Schicksale völlig getrennt. Daraus folgt:

1. Der Gläubiger kann gegen jeden Gesamtschuldner die Deckungshandlungen auf das Ganze vornehmen, also z. B.

---

[1]) Vgl. Enzyklop. I S. 660.

gegen jeden auf das Ganze die Zwangsvollstreckung betreiben und im Konkurs eines jeden die ganze Summe anmelden, natürlich in der Art, daß das Schlußergebnis nicht mehr als die einmalige Gesamtsumme ausmachen darf; so § 68 K.O.[1])

2. Die Schuldentwicklungs- und Deckungshandlungen von Gläubiger und Schuldner wirken nur auf den Schuldner, bezüglich dessen sie vorgenommen werden; so Änderungen aller Art, Kündigung, Wahl (es kann bezüglich des einen Schuldners so, bezüglich des anderen anders gewählt werden), Verschuldung, Verzug, Prozeß, Unterbrechung der Verjährung;[2]) so auch Schuldübernahme, Vergleich und Erlaß, § 425. Doch kann ein Erlaßvertrag mit dem einem Schuldner auch zu Gunsten des anderen abgeschlossen werden, sodaß sämtliche Schuldner frei werden, § 423 (unten S. 159).

3. Die geschuldete Leistung ist nur eine; der Gläubiger kann daher nur einmal befriedigt werden, sei es, daß die Befriedigung durch Erfüllung, sei es, daß sie durch Deckung oder andere Vorgänge erfolgt, insbesondere auch durch Aufrechnung, auch durch einen Befriedigungsversuch, soweit er der Befriedigung gleich steht (Hinterlegung), § 422. Vgl. S. 188, 193f.

4. Leistet ein Dritter, so leistet er entweder für den einen oder für alle Gesamtschuldner. Verbittet sich im letzteren Fall der eine Gesamtschuldner die Leistung (§ 267), so kann der Dritte nichtsdestoweniger für die anderen Gesamtschuldner leisten, ohne daß der Gläubiger befugt wäre, die Leistung zurückzuweisen: das wäre Gläubigerverzug.

5. Ebenso wie ein Dritter die Gesamtschuld erfüllen kann, kann auch der eine Gesamtschuldner nicht nur seine eigene Schuld erfüllen, sondern auch die des anderen; weshalb, wenn der Gläubiger bezüglich des einen im Gläubigerverzug ist, er bezüglich aller im Gläubigerverzug ist, was ja auch wäre, wenn ein Dritter die Leistung angeboten hätte, § 424.

---

[1]) Dieser Gedanke könnte noch weiter dahin geführt werden, daß trotz teilweiser Erfüllung der Schuld durch den einen die Vollstreckung gegen die übrigen auf das Ganze erfolgen dürfte, natürlich so, daß nur der Rest abzüglich des Geleisteten zu erzielen wäre. Dies wäre der Schlußgedanke des Gesamtschuldverhältnisses. Er ist in einzelnen Rechten verwirklicht, z. B. im Schweizer Konkursrecht, dagegen nicht bei uns; vgl. Lehrb. des KonkursR. S. 354f., Schweizer K.O. a. 217.

[2]) Kammergericht 14. Dezember 1903, Recht VIII, S. 281.

6. Daraus ergibt sich die Lösung einer Reihe von Schwierigkeiten, die man für unlöslich gehalten hat:

a) Ist infolge der verschiedenen Rechtsschicksale der mehreren Gesamtschuldner die Sachlage entstanden, daß der eine für mehr haftet als der andere, so wird durch die Leistung der gemeinschaftlichen (ursprünglichen) Schuld ein jeder befreit, soweit es diese Schuld angeht; dagegen bleibt ein jeder haftbar, soweit für ihn eine besondere Erhöhung der Schuld eingetreten ist: er bleibt haftbar für sich, ohne daß dadurch die übrigen berührt werden. Aber auch hier kann jeder die Schuld des anderen entrichten; leistet daher der in Verzug befindliche Schuldner die einfache Leistung ohne die Verzugserhöhung, so muß dies der Gläubiger annehmen, er wäre sonst in Gläubigerverzug; denn der Schuldner kann die Schuld seines Mitgesamtschuldners tilgen, der nicht im Verzuge ist; allerdings bliebe die Verzugserhöhung, soweit sie bis dahin erwachsen ist, trotz dieser Befriedigung bestehen.

b) Ist bei einer Wahlschuld infolge der Verschiedenheit der Gläubigerwahl der Fall eingetreten, daß die Schuldner Verschiedenes schulden, so haftet zwar jeder Schuldner nach Maßgabe dieser Wahl, aber durch die Bewirkung auch nur einer dieser Leistungen wird das Ganze getilgt, und es muß auch hier der Satz gelten, daß ein jeder Schuldner (als Dritter) die Leistung des anderen zu bewirken vermag. Hat also der Gläubiger mehreren Gesamtschuldnern gegenüber verschieden gewählt, so hat dies den Erfolg, daß das Wahlrecht insoweit auf die Schuldner übergeht. Dasselbe ergibt sich, wenn der Gläubiger durch Versäumung der Wahl in Gläubigerverzug kommt und die gesetzte Frist verstreichen läßt: hier kann der fristsetzende Schuldner wählen, und von mehreren Schuldnern kann ein jeder eine Frist setzen und wählen, und auch hier kann durch Leistung des einen oder anderen die Schuld erfüllt werden. Vgl. Anhang.

7. Bei unteilbaren Leistungen, die eine Gesamttätigkeit der mehreren Schuldner voraussetzen (S. 44), gilt etwas Besonderes: hier tritt notgedrungen eine Gesamthaftung ein, weil ein jeder das Ganze, und damit auch die regelrechte Mitwirkung des anderen zusagt. Auch die Mahnung kann nur einheitlich erfolgen, entweder an einen jeden oder an den einen nach Maßgabe der genossenschaftlichen Organisation, unter der die

Schuldner stehen. So wenn Musiker sich verpflichten, Quartett zu geigen, oder zwei Baumeister, ein Haus zu bauen, oder zwei Mieter desselben Zimmers, die Mietverbindlichkeiten (soweit es sich um die Mietsache handelt) zu erfüllen, oder zwei Vermieter, die Mietsache in den Stand zu setzen, oder zwei vergesellschaftete Rechtsanwälte, eine Rechtssache zu führen.

§ 53.

I. Die Ausgleichung richtet sich nach dem inneren Verhältnis, je nachdem die Schuldner hintereinander oder nebeneinander stehen, und wenn sie nebeneinander stehen, je nachdem sie in gleichem oder verschiedenem Umfange haften; namentlich kann auch für Bürgen untereinander die Beziehung gelten, daß die eine Bürgschaft eine tiefere Stufe der Haftung darstellt als die andere, sodaß der eine den Verlust auf den anderen abwälzen kann. Dies richtet sich nach der Besonderheit des Falles. Was die Haftung für unerlaubte Handlungen betrifft, so sind in § 840 Bestimmungen gegeben (S. 487); für Vertragsschulden gilt kraft nachgiebigen Rechts die gleichmäßige Haftung, § 426.

II. Die Ausgleichspflicht kann näher bestimmt und gesteigert sein durch ein genossenschaftliches Verhältnis unter den Gesamtschuldnern, so namentlich, wenn mehrere durch einen Vertrag in gemeinsamem Interesse die Gesamtschuld übernehmen, so wenn ein Gesamtschuldner auf Ersuchen und im Interesse des andern eintritt (vgl. § 775 B.G.B.). Solches hat die Bedeutung, daß unter ihnen schon vor der Leistung eine dem genossenschaftlichen Verhältnis entsprechende Beitragspflicht besteht, dies namentlich dann, wenn der eine Genosse in seiner Vertrauenswürdigkeit schwankend wird; daher tritt auch Schadensersatzpflicht ein, wenn infolge mangelnder Mitwirkung des einen der andere Schaden leidet.[1]) Besonders geregelt ist diese genossenschaftliche Haftung bei den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, von denen hier nicht zu handeln ist.

III. Dazu tritt der Grundsatz vom Übergang des Deckungsrechts vom Gläubiger auf den leistenden Gesamtschuldner nach Maßgabe des Grundsatzes, daß die Ausgleichsberechtigten interventionsberechtigt sind, worüber S. 207 f. das nähere folgt.

---

[1]) Vgl. O.L.G. Breslau 26. Sept. 1903, Mugdan VIII, S. 58.

IV. Bezüglich dieses Ausgleichs- und Deckungsrechts gilt folgender Grundsatz:

1. Das Deckungsrecht kann nur zum Zweck des Ausgleichs und insoweit geltend gemacht werden, als die Ausgleichsbefugnis reicht; dies gilt auch dann, wenn der Gläubiger dem einen Gesamtschuldner sein Deckungsrecht ausdrücklich übertragen hat.[1])

2. Das Ausgleichsrecht ist etwas lediglich Inneres, was den Gläubiger nicht berührt; daher

a) macht sich der Gläubiger nicht haftbar, wenn er auf ein Recht verzichtet, wodurch das Deckungsrecht des Gesamtschuldners verkümmert wird (§ 776 gilt hier nicht);

b) entläßt der Gläubiger den einen Gesamtschuldner, so bleibt dieser nichtsdestoweniger den Mitschuldnern nach Maßgabe des § 426 ausgleichspflichtig. Es ist aber dem Gläubiger gestattet, ihn in der Art zu befreien, daß auch diese Ausgleichspflicht aufhört, sofern er die übrigen Schuldner insoweit befreit, daß sie hierdurch dasselbe haben, was ihnen der Ausgleichspflichtige bei der Volleistung hätte ersetzen müssen. Das Gleiche gilt, wenn eine Schuldübernahme stattgefunden hat: in solchem Fall geht der Rückgriff des zurückgebliebenen Gesamtschuldners gesamtschuldnerisch gegen beide, gegen den gewesenen Schuldner und den Schuldübernehmer, aber in der Art, daß der gewesene Schuldner sich wieder an dem neu eingetretenen erholen kann.

§ 54.

I. Aus Verträgen entsteht eine Gesamtschuld, wenn mehrere Personen sich zur selben Leistung verpflichtet haben; das gilt auch bei mehreren Auslobern, denn auch die Auslobung stellt einen Vertrag dar; es muß auch bei einseitigen Rechtsgeschäften gelten, die ein Versprechen enthalten, § 427 (54). Doch gilt dies überhaupt nur kraft nachgiebigen Rechts, also wenn nicht aus den Umständen etwas anderes hervorgeht; es gilt insbesondere dann nicht, wenn in der Tat zwei ganz verschiedene Vertragsinteressen vorliegen, wovon das eine durch den einen, das andere durch den anderen Schuldner erfüllt werden soll, sodaß es nur Zufall ist, wenn beides zu einem

[1]) Kammergericht 28. Juni 1902, Mugdan V, S. 333.

Vertrag verbunden wurde; auch ist es sehr wohl möglich, daß eine Mitunterschrift bloß eine Zustimmung, keine Mitverpflichtung enthält. Diese Frage gilt insbesondere auch unter Ehegatten: regelmäßig ist aber eine gemeinsame Unterschrift der Ehegatten als Gesamtverpflichtung anzusehen.[1])

Schuldner einer unteilbaren Leistung sind stets Gesamtschuldner, da hier notgedrungen jeder zur Leistung des Ganzen verpflichtet ist und die Verbindlichkeit eine unteilbare bleibt, auch wenn sie in eine Wertersatz- oder Schadensersatzpflicht übergeht, § 431.[2]) Vgl. S. 44.

II. Ein Gesamtschuldner kann auch nachträglich hinzutreten; ein solcher ist vom Bürgen unterschieden; allein da er doch im wesentlichen die Aufgabe des Bürgen erfüllt, ist die Schriftform auch für ihn zu verlangen (S. 424.[3]) Eine nachträgliche Gesamtschuld tritt auch in allen Fällen ein, wo jemand ein Vermögen übernimmt: der bisherige Träger des Vermögens wird nicht befreit, der neue haftet den Gläubigern; denn es ist deutscher Grundsatz: wer das Vermögen hat, hat mit dem Vermögen für die Schulden einzutreten. Allerdings ist die Haftung regelmäßig nur eine beschränkte, § 419; unbeschränkt ist sie bei Geschäftsübernahme im Handelsrecht, jedoch unter gewissen besonderen (unsachgemäßen) Bedingnissen, § 25 H.G.B. Ist die Gesamtschuldverpflichtung die Folge einer Vermögensübernahme, so genügt die für die Vermögensübernahme vorgeschriebene Form. Vgl. auch noch § 28 Verl.Ges. und S. 174.

Mehrere Bürgen sind auch dann Gesamtschuldner, wenn sie nicht zu gleicher Zeit, sondern einer nach dem andern gebürgt haben, § 769. Das beruht darauf, daß die Bürgschaft sichern, daß daher eine Mehrheit von Bürgen auch eine entsprechende Erhöhung der Sicherheit verschaffen soll; was nicht der Fall wäre, wenn bei einer Mehrheit von Bürgen ein jeder nur nach Kopfteil haften würde. Dies gilt auch von einer Mehrheit gesetzlicher Bürgen im Sinn der §§ 571, 1251 B.G.B., § 36 Verlags-Ges. (S. 424).

---

[1]) O.L.G. Braunschweig, 4. Oktober 1901, Seuffert 57, No. 101.

[2]) O.L.G. Braunschweig 7. April 1904, Mugdan 9 S. 4.

[3]) R.G. 20. März 1902 Seuffert 58 No. 138. Unrichtig O.L.G. Celle 28. Nov. 1901 Mugdan IV S. 53, O.L.G. Köln 19. Febr. 1904 Z. franz. Civ.R. XXXV S. 466.

III. Eine Gesamthaftung liegt aber insbesondere vor, wenn mehrere Personen durch gemeinsames unerlaubtes Verhalten schadensersatzpflichtig werden, was in der Lehre von den unerlaubten Handlungen zu erörtern ist, §§ 830, 840; in gleicher Weise aber auch bei gemeinsamer Verletzung einer Vertrags- oder Amtspflicht, §§ 1833, 42. Vgl. S. 485.

IV. Tritt ein neuer Gesamtschuldner ein, so ist ein einfacher Eintritt möglich; es ist aber auch möglich, daß er gerade mit einem der Gesamtschuldner Gesamtschuldner sein will, also mit allen Eigentümlichkeiten, welche dessen Gesamtschuld an sich trägt.

2. Gesamtgläubigerschaft.

§ 55.

I. Gesamtgläubigerschaft ist eine Gläubigerschaft mehrerer Gläubiger gegen den nämlichen Schuldner auf dieselbe Leistung. Sie kann auch bei Verbindlichkeiten zu Gunsten eines Dritten vorkommen.

II. Auch hier sind mehrere selbständige Schulden gegeben; wobei der Schuldner die Freiwahl hat, durch Leistung an den einen oder an den anderen Gläubiger Erfüllung zu leisten, sofern es sich nicht um Leistungen an einen Dritten handelt, § 428.

Auch eine Deckungstätigkeit des Gläubigers, z. B. eine Klage, nimmt dem Schuldner die Freiwahl nicht: sie erlischt erst mit der Befriedigung, § 428. Deshalb kann auch eine Erklärung, dem einen oder anderen leisten zu wollen, die Freiwahl des Schuldners nicht zerstören; es müßte denn sein, daß er mit einem der Gläubiger einen besonderen Vertrag abschlösse, der ihn diesem Gläubiger gegenüber verpflichtete (die übrigen Gläubiger aber nicht antastete). Auch eine teilweise Leistung an einen Gläubiger ist für die Freiwahl noch nicht bindend. Dabei ist zu bemerken, daß, wenn der eine Gläubiger die Teilleistung angenommen hat, jeder andere gehalten ist, den Rest anzunehmen, bei Gläubigerverzug; denn hierdurch ist die Verbindlichkeit bis auf den Rest vermindert worden und mithin ist die Restleistung keine Teilleistung mehr, sondern Volleistung. Vgl. S. 189.

III. Da der Schuldner einem jeden Gesamtgläubiger leisten kann, auch nachdem der eine die Klage erhoben hat, so hat

die Klageerhebung nur insofern Zweck, als sie den Schuldner zur Leistung überhaupt zwingt. Er muß sich entweder dem Deckungsrecht des klagenden Gläubigers unterwerfen oder durch Leistung an einen anderen Gläubiger erfüllen, § 428.

IV. Auch hier führt die Rechtsordnung regelmäßig eine Ausgleichung mit sich, sodaß auch hier der Zufall ausgeschaltet wird und alle Gläubiger sich schließlich in bestimmter Weise an dem Ergebnis beteiligen, entweder gleichmäßig, § 430, oder in bestimmten anderen Verhältnissen, möglicherweise auch so, daß dem einen Gläubiger alles zukommt. Nur selten läßt man den Zufall oder vielmehr des Schuldners Willkür walten, so in § 2151.

V. Auch hier gelten die Grundsätze von der Selbständigkeit der Schuldverhältnisse und von der Gesamtwirkung der Befriedigung und des Gläubigerverzugs, § 429. Daraus ergibt sich Folgendes:

1. Jeder Gläubiger ist befugt, seine Forderung zu übertragen, er ist befugt, sie zu erlassen, er ist auch befugt, das Ganze zu erlassen, soweit an ihn das Ganze erfüllungsweise geleistet werden kann (S. 158f.).

2. Jeder Gläubiger ist befugt, einen neuen Schuldner anzunehmen unter Entlassung des alten, er ist befugt, es absolut, er ist befugt, es relativ zu tun bezüglich seiner Gläubigerschaft, und dies ist die Regel. Daher bringt auch die Aufforderung an einen Gesamtgläubiger nach § 416 bloß die Forderung dieses, nicht auch die der anderen Gesamtgläubiger zum Erlöschen: es entsteht dann eine gemischte Gesamtschuld (S. 155).

3. Der Verzug des Schuldners gegenüber einem Gesamtgläubiger wirkt nur ihm gegenüber, und der Schuldner verliert daher natürlich nicht die Befugnis, an einen anderen Gläubiger zu leisten und die Schuld in der Art zu tilgen, daß die Verzugsfolgen nicht mehr weiter wuchern; soweit sie aber erwachsen sind (z. B. Verzugszinsen), bleiben sie bestehen, aber nur gegenüber dem verzugsetzenden Gläubiger. Leistet der Schuldner einem anderen Gläubiger, dann muß dieser die Leistung des ursprünglichen Erfüllungsgegenstandes annehmen; leistet er aber an den Gläubiger, gegenüber dem er im Verzug ist, dann wäre die Leistung ohne die Verzugserhöhung eine Teilleistung und könnte daher zurückgewiesen werden.

4. Die Hinterlegung hat, wie die Leistung, einem der Gläubiger gegenüber zu erfolgen; nur er ist befugt, sich durch Annahme des hinterlegten Gegenstandes zu befriedigen. Indes wäre eine Hinterlegung mit unbestimmtem Ziel, sodaß jeder der Gläubiger das Hinterlegte annehmen könnte, nicht unstatthaft (unten S. 192).

5. Der Schuldner kann gegen jeden Gesamtgläubiger aufrechnen, soweit er gegen ihn eine Gegenforderung hat.

6. Was die Befriedigung durch Vermögensverschmelzung betrifft, so ist darüber S. 221 zu handeln.

VI. Ist die Gesamtgläubigerschaft eine Gesamtgläubigerschaft für Leistung an einen Dritten, dann fallen die Besonderheiten weg, welche sich auf die Freiwahl des Schuldners beziehen, und ebenso die Ausgleichspflicht.

Ein solches Verhältnis liegt namentlich vor, 1. wenn der eine Gläubiger (A) Leistung an sich und ein anderer Gläubiger (B) Leistung an den A verlangen kann, wie im Fall des § 335; sodann in den Fällen, wo der Bürge, § 775, begehren kann, daß an den Gläubiger geleistet werde; endlich auch im Fall des § 525, wo der Staat einen Anspruch auf Leistung an einen Dritten erlangt;

2. bei Verpflichtungen auf unteilbare Leistungen: jeder Gläubiger hat hier die Befugnis zu verlangen, nicht daß an ihn, wohl aber, daß an die Gesamtheit von ihnen geleistet werde.

Es fällt daher auch hier alles weg, was, S. 152, über die Mehrheit von Gläubigern und über die Freiwahl entwickelt worden ist. Daher kann

a) der eine Gläubiger die Forderung weder ganz noch teilweise erlassen, da er nicht empfangsberechtigt ist;

b) der Gläubigerverzug des einen Gläubigers ist nicht möglich, sondern nur ein Gläubigerverzug dadurch, daß die Gläubigergesamtheit säumig wird, § 432. Vgl. oben S. 44.

VII. Von der Gesamtgläubigerschaft zu unterscheiden ist das Gesamtrecht mehrerer an einer Forderung kraft Forderungsgemeinschaft, sei es kraft einfacher Gemeinschaft, sei es kraft Gesamthänderschaft, sei es kraft gegenständlichen Rechtes (Nießbrauchs, Pfandrechts). Diese Lehre hängt aber so sehr mit den sachenrechtlichen Grundsätzen zusammen, daß sie dort darzustellen ist.

3. Gemischte Gesamtschuld.

§ 56.

Eine gemischte Gesamtschuld liegt vor, wenn jeder von mehreren Schuldnern einem anderen Gläubiger schuldet, aber so, daß sämtliche Schulden durch eine Leistung befriedigt werden. In diesem Fall gelten bezüglich der Schuldner die Grundsätze der Gesamtschuld, aber so, daß jeweils nur der eine Gläubiger die Deckungsbefugnis gegen den einen Schuldner hat; es gelten ferner bezüglich der Gläubiger die Grundsätze der Gesamtgläubigerschaft in der Art, daß jeder Schuldner durch Leistung an den einen oder anderen Gesamtgläubiger die mehreren Gläubiger befriedigt, ja daß er es auch durch Aufrechnung oder Hinterlegung tun kann, da er jedenfalls einem jeden Gläubiger gegenüber die Interventionsbefugnis hat (S. 207). Vgl. S. 153, 161.

4. Eigengesamtschuld.

§ 57.

I. Mehrere Schulden der nämlichen Person können ebenfalls Gesamtschulden sein, in der Art, daß sie nicht auf verschiedene Ziele, sondern nur auf ein Ziel hinauslaufen; wenn z. B. jemand 1000 schuldig ist, kann er die 1000 aus zwei Verbindlichkeiten schulden, aber in der Weise, daß nur die eine Leistung von 1000 geschuldet wird: Eigengesamtschuld; ein Fall, der beispielsweise klar vorliegt, wenn eine Gesamtverbindlichkeit bestand und der eine der Gesamtschuldner den andern beerbt. In einem solchem Falle schuldet er sowohl als Eigenschuldner als auch als Erbe des anderen Gesamtschuldners, und beidesmal dieselbe Leistung: die beiden Schulden treten jetzt in der Art zusammen, daß jede das ihrige bietet; was immerhin von Bedeutung ist, wenn etwa die eine der Gesamtschulden mit Sicherheiten versehen, die eine etwa mit Einwendungen belastet, die eine der Verjährung nahe ist, die andere nicht: immer kann der Gläubiger das stärkere Recht zur Geltung bringen, § 425.

Ein Hauptfall derartiger vereinigter Gesamtschuld liegt dann vor, wenn der Schuldner unter mehreren Titeln Verschiedenes schuldig war und dann bedungen wird, daß unter

diesen mehreren Titeln fürder nur das eine geschuldet werden soll, ein Fall, von dem unten S. 183, 219 die Rede sein wird.

II. Ebenso können derselben Person mehrere Gesamtgläubigerschaften zustehen, sodaß ihr zwei Forderungen auf dieselbe Leistung gegeben sind. Hier werden durch einmalige Befriedigung beide Forderungen getilgt; jedoch so, daß, was die eine Forderung mehr begehrt, ihr noch obendrein zukommt, soweit diesem Mehr nicht Einreden oder Einwendungen entgegenstehen. So

1. bei dem Rückgriffsrecht des Bürgen: dieses kann stattfinden

a) auf Grund des Eintritts in das Deckungsrecht des Gläubigers, es kann stattfinden

b) auf Grund des Auftrags oder der Menschenhülfe, welche der Bürgschaft zu Grunde liegt. Das Bürgschaftsverhältnis an sich gibt nur einen Rückgriff durch Eintritt in das Deckungsrecht des Gläubigers und nach diesem Recht, also insbesondere mit Rücksicht auf die Verjährung, welcher dieses Recht unterliegt, und mit Rücksicht auf andere Schwächen (vgl. z. B. § 777 C.P.O.); kraft Auftrags oder kraft Menschenhülfe aber hat der Bürge ein Recht aus der Geschäftsbesorgung, das seiner eigenen Verjährung unterliegt, das ihm Zinsen und Aufwendungsersatz gewährt u. a.

So 2. bei der vorsätzlichen Verletzung eines Schuldrechts durch den Schuldner zur Schädigung des Gläubigers: hier haftet der Schuldner kraft seines Schuldverhältnisses, er haftet auch kraft unerlaubter Handlung. Vgl. S. 39, 526.

IV. Abschnitt.

Verfügung.

I. Unmittelbare Verfügung.

1. Allgemeines.

§ 58.

Die Forderungsverfügung kann eine unmittelbare oder mittelbare sein; eine unmittelbare in Gestalt des Erlasses und der Übertragung des Gläubiger- oder Schuldnerverhältnisses, eine mittelbare durch Auflösungshandlung (Rücktritt, Widerruf, Kündigung) und durch die Gläubigertätigkeit bei Deckung und Erfüllung. Von unmittelbaren Verfügungen gelten folgende Grundsätze:

1. Sie können auch in die Zukunft hinein geschehen, nur müssen sie sich hierbei in den Grenzen der nötigen objektiven und subjektiven Bestimmtheit halten, in welcher Beziehung auf S. 92 und I S. 503 zu verweisen ist. Was insbesondere die Bestimmtheit und Unbestimmtheit betrifft, so muß, wenn es sich um künftige Forderungen handelt, der Abtretungsvertrag objektive Merkmale enthalten, die nötig sind, um die künftig zu erwerbende Forderung zu kennzeichnen, sie als einzelne aus allen künftigen Forderungen herauszufinden; aber auch subjektiv muß soviel Bestimmtheit vorhanden sein, daß die Unsicherheit der Übertragung nicht jeder vernünftigen Berechnung spottet und solche zum bloßen Glücksspiel gestaltet. Ist aber diese Schranke gewahrt, dann ist es statthaft, auch in das frische Walten der Zukunft einzugreifen; so ist es z. B. möglich, zum vorweg in einem Versicherungsvertrag zu bestimmen, daß der Versicherer in alle Schadensersatzansprüche eingewiesen werden soll, die sich auf die versicherten Interessen beziehen. Noch mehr gilt dies von dem Schuldübernahmevertrag.

2. Eine Verfügung über künftige Forderungen wirkt natürlich nur, wenn künftig die Forderung eine Forderung des Verfügenden wird, sei es von ihrem Entstehen an, sei es durch Übertragung,[1]) oder wenn sie zwar als fremde Forderung entsteht, aber der Rechtsmacht des Verfügenden preisgegeben ist; dies ist der Fall in § 573 B.G.B., worüber beim Mietverhältnis (S. 328f.) zu handeln ist. Vgl. auch S. 268.

3. Eine Verfügung, soweit sie nicht bloß eine Befreiung des Schuldners enthält, kann vertragsmäßig ausgeschlossen, sie kann auch an ein Aufgeld gebunden sein.

2. Erlaß.

§ 59.

I. Aus der Verfügungsbefugnis des Gläubigers würde sich ergeben, daß der Gläubiger durch einseitige Erklärung die Schuld erlassen könnte, sodaß, ohne Mitwirkung oder Zustimmung des Schuldners, die Forderung des Gläubigers und die Schuld des Schuldners unterginge. Das ist indes in unserem Recht nicht angenommen, da nach § 397 B.G.B. der Erlaß nur durch einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner erfolgen kann.

Der maßgebende Gedanke ist der, daß die Abstandserklärung des Gläubigers erst dann endgültig wird, wenn der Schuldner sie sich zu eigen gemacht hat. Es wäre daher eine ähnliche Behandlung möglich, wie in § 465, wonach zwar die einseitige Erklärung wirkte, jedoch so lange dem Widerruf unterläge, als nicht der Widerruf durch eine zustimmende Erklärung des Schuldners oder in anderer Weise ausgeschlossen wäre. Diese naturgemäße Behandlung haben wir nicht unmittelbar, aber mittelbar; denn

1. der Gläubiger kann bewirken, daß durch Schuldübernahme ein anderer Schuldner eintritt und sodann dessen Schuld sofort durch Erlaßvertrag unwirksam gemacht wird (S. 173). Auf

---

[1]) So kann insbesondere der künftige Schulderwerber (Zessionar) für den Fall, daß er Schulderwerber wird, dem Schuldner die Forderung ganz oder teilweise erlassen. Ein derartiger Fall ist gegeben, wenn der Bürge zum Voraus auf das Rückgriffsrecht verzichtet, sodaß, wenn er leistet, die Forderung des Gläubigers auf ihn nur mit dieser Beschränkung übergeht. Vgl. auch S. 422 und I S. 562.

solche Weise kann also der Gläubiger durch Vertrag mit jedem Dritten dem Schuldner die Schuld erlassen; woraus sich von selbst erklärt, daß bei einer Gesamtverpflichtung mehrerer der Gläubiger mit dem einen Gesamtschuldner einen Erlaßvertrag in der Art abschließen kann, daß alle befreit sein sollen; denn dies könnte ja in jedem Augenblick dadurch geschehen, daß der eine Gesamtschuldner die Verpflichtung der übrigen auf sich nähme und dann durch einen Erlaßvertrag befreit würde; daher § 423. Vgl. S. 147.

2. Außerdem kann der Gläubiger den Antrag zu einen Erlaßvertrag in der Art geben, daß der Antrag unwiderruflich besteht und der Schuldner ihn jederzeit annehmen kann.

II. Erlassen kann man nur eine noch nicht erfüllte Schuld. Ist jedoch die vorhergehende Erfüllungshandlung noch von einer Genehmigung abhängig, so hat der Erlaß volle Wirkung: er kann nicht durch nachträgliche Genehmigung der Erfüllungshandlung umgestoßen werden, § 184 (a. A. Celsus in fr. 71 § 2 de solut.). Vgl. Anhang.

3. Abtretung.

§ 60.

I. Bei der Übertragung von Schuldverhältnissen (Abtretung, Zession)[1]) sind zwei wichtige Dinge zu unterscheiden, welche man bisher vollkommen zusammengeworfen hat. Die Übertragung kann nämlich einen Übergang des Schuldrechts in der Art bewirken, daß der Leistungsinhalt vollständig der nämliche bleibt und nur die Person desjenigen wechselt, welchem die Forderung zusteht. Diese Art der Übertragung hat am wenigsten Bedenken bei Schuldverhältnissen, bei denen der Gläubiger eine Leistung an einen Dritten begehren kann, wo ja überhaupt die Forderung des Gläubigers nicht darauf geht, daß an den Forderungsberechtigten, sondern daß an einen Dritten geleistet wird: hier hat es keinen Anstand, daß der Forderungsberechtigte wechselt; denn ebenso

[1]) Man spricht vom Abtretenden, vom bisherigen und vom neuen Gläubiger, vom Zedenten und Zessionar. Die Ausdrucksweise „bisheriger und neuer Gläubiger“ hat etwas überaus Schwerfälliges. Besser spricht man mit dem Schweizer Gesetz vom Abtretenden und vom Erwerber. Die (unschönen) Ausdrücke Zedent und Zessionar sind immer noch nicht verdrängt.

wie A verlangen kann, daß an X geleistet wird, kann es B oder C verlangen. Aber auch wenn, wie gewöhnlich, die Schuld dahin geht, daß an den Gläubiger geleistet wird, kann ein derartig begrenzter Wechsel vor sich gehen: es wird eben dann die Forderung zu einer Forderung auf Leistung an einen Dritten. Wenn mithin A verlangen kann, daß an ihn selbst geleistet werde, so kann die Übertragung in der Art geschehen, daß nunmehr B verlangen kann, daß an A zu leisten sei. Natürlich kann dies auch umgekehrt geschehen: wenn A fordern kann, daß an X geleistet wird, so kann die Forderung an X übertragen werden, der dann verlangen kann, daß an ihn selbst geleistet werde. Aber auch eine solche Übertragung kann verschiedene Bedenken finden, so

1. in der Person des Gläubigers, da möglicherweise die Forderung eine solche ist, die der Gläubiger aus sozialen Gründen nicht aus der Hand geben darf, wozu namentlich die Forderungen gehören, die auf Arbeitslöhne und auf ähnliches gehen und deren Übertragung, auch wenn sie in dieser Weise geschähe, dem Arbeiter die Herrschaft entzöge und ihn brotlos machte: denn ob der Erwerber die Forderung zu Gunsten des Arbeiters geltend machen wollte oder nicht, wäre in des Erwerbers Hand gelegt. Es fallen also unterschiedslos alle diejenigen Forderungen des Abtretenden aus, die, weil sie mit den notwendigen Bedürfnissen der Persönlichkeit verbunden sind, dieser nicht entrissen werden sollen, und darum sind unpfändbare Forderungen unter allen Umständen unabtretbar, § 400: sie sind es auch in diesem Sinn.[1])

Aber auch 2., was die Person des Schuldners betrifft, kann eine solche Übertragung zu Bedenken Anlaß geben,

a) wenn die Leistung gewisse, auch für den Schuldner wichtige Zwecke verfolgen soll, bei denen es nicht nur wesentlich ist, daß sie an die bestimmte Persönlichkeit geschieht, sondern auch, daß es diese in der Hand hat, ihre Geltendmachung nach Art ihrer eigenpersönlichen Lebenszwecke zu bestimmen; so, was das Gesellschaftsleben, das eheliche Güterrecht, die

---

[1]) Über Gehalts-, Pensionsansprüche und ähnliches bestimmen die Landesgesetze, A. 81.

elterliche Gewalt betrifft, §§ 717, 1408, 1427, 1585, 1623, 1655 f., 1658;[1])

b) wenn die Person des Gläubigers wegen des zu erwartenden Rechtszwangs bedeutsam ist.[2])

Außerdem gilt folgendes:

3. Ansprüche sind nicht ohne Forderung übertragbar, insbesondere nicht die Sicherheits- und Beihülfeansprüche, z. B. der Anspruch auf Auskunftserteilung, auf Rechnungslegung usw., noch weniger natürlich bloß prozessualische Hülfsmittel.[3]) Unabtretbar sind aber ferner

4. Forderungen, die mit anderen durch ihren Zweck untrennbar verbunden sind, so insbesondere, wenn sie dazu dienen sollen, ihre Erfüllung zu sichern. Daher ist die Vertragsstrafeforderung nicht abtretbar ohne die Hauptforderung (S. 143), ebenso die meisten künftig aus einem Rechtsverhältnis hervorgehenden Forderungen nicht ohne das Rechtsverhältnis; dagegen ist die Übertragung einer Forderung, soweit sie gegen den einen Gesamtschuldner geht, möglich: es entsteht dadurch eine gemischte Gesamtschuld; auch bei der Gesamtgläubigerschaft: denn hier steht Nichts im Wege, daß an Stelle des einen Gesamtgläubigers ein anderer tritt. Vgl. S. 155, 153.

II. Viel tiefer greift die Übertragung dann, wenn sie zugleich eine Änderung in der Leistung bewirkt, in der Art, daß der Schuldner nicht an die bisherige Person, sondern an eine andere, vor allem an den neuen Gläubiger zu leisten hat. Eine solche Änderung braucht sich der Schuldner nur dann gefallen zu lassen, wenn dadurch weder sein wirtschaftliches, noch sein persönliches Interesse verkümmert wird; § 399. Handelt es sich um Geldschulden, dann wird allerdings kaum eine Erschwerung eintreten; selten bei anderen Gegenstands-

[1]) Dies mindestens, solange nicht eine Verselbständigung eingetreten ist, §§ 717, 1658 (fällig!).

[2]) Dies tritt bei uns nicht mehr hervor; früher dagegen spielte das Verbot der cessio in potentiorem eine große Rolle (Enzyklop. I, S. 666). Aus diesem Grunde ist die Übertragung völkerrechtlicher Forderungen noch heutzutage unzulässig.

[3]) Vgl. oben I S. 562; dort auch die Bemerkung gegen Tuhr, dessen Beanstandungen auf völliger Verwechslung beruhen.

leistungen (unten S. 163).[1]) Allerdings könnte man, streng genommen, entgegenhalten, daß durch Unterschiebung einer anderen Person als Leistungsempfänger seelische Verhältnisse getrübt werden können, sofern der Schuldner lieber an den einen leistet als an den anderen. Auch die Möglichkeit der Beanstandung der Leistung und der daraus hervorgehenden Uneinigkeit könnte in Betracht kommen, wenn auch nicht bei Geldschulden, so doch bei anderen Gegenstandsleistungen. Doch ist das Rechtsleben weniger empfindlich geworden, und man hat sich über derartige weniger eingreifende Änderungspunkte beruhigt, mit Rücksicht darauf, daß ein jeder unter dem Schutz der Rechtsordnung steht und derartige persönliche Reibungen im Leben nie ganz zu vermeiden sind. Ganz anders allerdings bei Dienstleistungen, soweit sie inhaltlich durch die Persönlichkeit und die persönlichen Verhältnisse des Gläubigers und Dienstberechtigten bestimmt sind: so ist insbesondere die Dienstbotentätigkeit, die Lehrertätigkeit eine wesentlich andere bezüglich des Hauswesens des A oder des B, bezüglich der Person des X oder des Y. Die meisten derartigen Dienstleistungen haben etwas Unsicheres, was durch die persönlichen Verhältnisse des Empfangsberechtigten seine nähere Bestimmung erfährt; und sollten diese Verhältnisse geändert werden, so erführe die Leistung nicht nur eine persönliche, sondern auch eine sachliche Änderung. Anders Werkleistungen, bei denen die Persönlichkeit des Empfängers kein bestimmendes Element ist, die gewissermaßen unpersönlich geleistet und nur mittelbar von der Person in Empfang genommen werden; so vor allem die Massenbeförderung durch Eisenbahnen oder Omnibusse oder die Gewährung einer theatralischen oder Konzertleistung gegenüber dem Publikum und dadurch gegenüber den einzelnen Besuchern. Daher bestimmt auch das B.G.B. die Unübertragbarkeit beim Dienst-, nicht beim Werkvertrag, § 613.

Auch bei Rechtsleistungen ist die Person des Empfängers oft wesentlich, daher die Unübertragbarkeit des Auftrags-

---

[1]) Auch nach § 270 tritt ebensowenig eine maßgebende Erschwerung ein, als wenn der bisherige Gläubiger seinen Wohnsitz wechselte.

vertrags, § 664 (anders bei der Entgeltlichkeit des Geschäfts, § 675, wo es auf die Umstände ankommt).[1])

Dies gilt namentlich auch vom Recht aus dem Vorvertrag auf Abschluß des Geschäfts. Eine Abtretung dieses Rechts in dem Sinne, daß das Geschäft nun nicht mehr mit dem Vertragsgenossen, sondern mit dem Forderungserwerber abgeschlossen werden müßte, würde den Geschäftsabschluß zu etwas ganz anderem machen und kann daher dem Schuldner nicht zugemutet werden.

Bei Gegenstandsleistungen kommt dieser Gesichtspunkt nur dann zur Geltung, wenn der zu leistende Gegenstand je nach der Person des Empfängers einen anderen Inhalt bekommt, so namentlich, wenn es sich um die Begründung einer persönlichen Dienstbarkeit (Personalservitut) handelt, die einen anderen Charakter hat, wenn sie zu Gunsten des A, als wenn sie zu Gunsten des B erfolgt; oder wenn es sich um Zweckleistungen handelt und der Zweck nur in der Person des Gläubigers erfüllt werden kann, so bei Genugtuungs-, Aussteuer-, Unterhaltsansprüchen, §§ 847, 1300, 1623, 1427, 1585 (vgl. auch oben S. 160f.).

III. Im übrigen hat man den Interessen des Schuldners insofern nachgegeben, als man einer Abrede über die Nichtabtretbarkeit (also einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbot) gegenständliche Wirkung gewährt hat, welche allerdings dem pfändenden Gläubiger gegenüber scheitert (§ 399 B.G.B., § 851 Z.P.O.); jedoch muß die Abrede in die etwaige Schuldurkunde aufgenommen werden, ansonst sie dem gutgläubigen (nicht wissenden und nicht fahrlässigen) Erwerber gegenüber nicht gilt (§ 405).

Es kann in gleicher Weise auch ausgemacht werden, daß der Schuldner eine Abtretung nur dann zu berücksichtigen brauche, wenn sie in bestimmter Form geschieht. Ein solcher Fall liegt beim Giroverhältnis vor, wenn mehrere Personen bei derselben Bank Forderungen (Girokonti) haben; hier gilt für alle Girokonteninhaber die Bestimmung,

[1]) Nicht hierher gehört § 514: dieser bestimmt, daß die aus dem Kaufverhältnis hervorgehende Vorkaufsbefugnis nicht übertragen werden kann. Diese Befugnis ist aber keine Forderung, namentlich keine Forderung auf Kaufsabschluß: ihre Ausübung erzeugt von selbst kraft einseitiger Rechtshandlung die gewöhnlichen Kaufforderungen.

1. daß eine Übertragung nur geschehen kann durch Umschreibung in den Büchern der Bank,

2. daß es einer Annahme der Übertragung von seiten des Erwerbers, dem die Forderung zugeschrieben wird, nicht bedarf; mit der Umschreibung soll die Übertragung erfolgen,[1]) sodaß ein nachträglicher Widerruf unwirksam, ein nachträglicher Konkurs jedenfalls nicht mehr unmittelbar wirksam ist.[2])

IV. Die Forderungsübertragung ist nicht etwa Anweisung des Gläubigers an den Schuldner, die Schuld an den neuen Gläubiger zu leisten; denn

1. der Schuldner hat nicht nur an den neuen Gläubiger zu leisten, und nicht nur hat der neue Gläubiger die Befugnis, von ihm die Leistung zu fordern, sondern der neue Gläubiger hat auch die Befugnis zu allen Verfügungen über die Forderung: sämtliche Verfügungen müssen vom Schuldner anerkannt werden. Der neue Gläubiger erlangt daher auch das etwaige Rücktrittsrecht, das er allerdings nur dann geltend machen kann, wenn ihm die Rücktrittsgegenstände zu Gebote stehen. Vgl. Anhang.

2. Der neue Gläubiger erlangt nicht etwa eine ähnliche, sondern dieselbe Forderung, daher auch mit allen Vorzugsrechten, Bürgschaften und Pfändern, §§ 401, 1153, 1250f. B.G.B.;[3]) daher auch, wenn sie schon in die Prozeßlage gekommen ist, in der Prozeßlage, in der sie schwebt; daher auch, wenn Prozeßvereinbarungen, wie Zuständigkeitsverträge, Schiedsverträge, abgeschlossen worden sind, mit diesen; daher auch mit dem ihr zukommenden Konkursvorrecht, aber auch mit der sie treffenden Zurücksetzung, so im Falle des § 777 Z.P.O. (S. 16); vorausgesetzt, daß es sich um eine wirkliche Prozeßlage handelt: anders, wenn lediglich eine Bevorzugung oder Zurücksetzung gewisser Gläubiger in Frage steht ohne Rücksicht auf die einzelne Forderung; heutzutage kommt hier nur die Ausländereigenschaft als zurücksetzendes Element in Betracht: doch wird, namentlich bei Verhängung des Vergeltungsrechts, die Ungunst häufig auf die Rechtsnachfolger erstreckt, A. 31.

---

[1]) R.G. 25. April 1903, Entsch. 54 S. 329, Jurist. Zeit. VIII, S. 297, 5. März 1904, Monatsschrift f. Handelsrecht XIII S. 160.

[2]) Vgl. noch Kammergericht 3. Nov. 1902 Mugdan VI S. 76.

[3]) Über die Besonderheiten, welche hier notgedrungen eintreten, ist im Sachenrechte zu handeln, §§ 1251, 1154f. B.G.B., §§ 830, 837f. Z.P.O.

3. Die Forderung bleibt daher in der Hand des Erwerbers mit den gleichen Schwächen behaftet; dem Schuldner gebühren alle Einwendungen und alle Einredebefugnisse (§ 404), ihm steht auch die Aufrechnungsbefugnis zu, und zwar

a) die Aufrechnungsbefugnis, welche bei der Übertragung bereits begründet ist (§ 387),

b) auch die, welche noch nicht begründet ist, bezüglich welcher aber bereits eine sichere Rechtslage besteht; was dann der Fall ist, wenn Hauptforderung und Aufrechnungsforderung befristet, die Aufrechnungsforderung aber früher fällig ist: denn jetzt ist es sicher, daß die Aufrechnungsbefugnis bezüglich der Aufrechnungsforderung entstehen wird, da sie nicht durch eine voreilige Eintreibung der Hauptforderung abgeschnitten werden kann, §§ 406 und 392.

V. Ist die Forderung teilbar, so kann ein Teil abgetreten werden, wodurch allerdings möglicherweise, namentlich mit Rücksicht auf § 270, eine gewisse Erschwerung in der Schulderfüllung eintritt. Man denke sich den Fall, daß eine Forderung in 100 Teilforderungen zersplittert wird, was die Leistung des Schuldners sehr verwickelt; auch die Aufrechnung wird dadurch wesentlich erschwert. Doch hat man diese Schwierigkeiten mit in Kauf genommen. Bei Arglist würde anderweitig geholfen.

Geht die Forderung auf eine unteilbare Leistung, so ist eine Teilabtretung in der Art, daß jedem Erwerber etwa ein Stück geleistet würde, nicht statthaft. Die Unteilbarkeit ist nicht nur eine Unteilbarkeit zu Gunsten des Gläubigers, sondern auch zu Gunsten des Schuldners; so z. B. bei einer Speisemarke, bei einer Eisenbahnfahrkarte: hier darf die Gesamtleistung nicht in mehrere Leistungen zerschlagen werden, denn das wären keine Teilleistungen, sondern eine Summe von Leistungen, die über das Maß der Gesamtleistung hinausgingen. Vgl. S. 44.

VI. Eine Forderungsübertragung kann auf sofort erfolgen, sie kann auch in der Art erfolgen, daß der Übergang erst mit einem späteren Zeitpunkt oder erst bei dem Eintritt bestimmter Bedingnisse stattfinden soll. Das ist keine bedingte Übertragung der Forderung im gegenwärtigen Stand, sondern eine Übertragung der Forderung in dem künftigen Stand, wie sie sein wird, wenn der Zeitpunkt eintritt oder die Voraussetzung erfüllt ist (oben S. 49).

Eine solche Forderungsübertragung liegt in der Checkausstellung, in der Art nämlich, daß erst mit der Vorweisung des Checks die Forderung bei dem angewiesenen Bankhaus (bis zum Betrage der Checksumme) auf den Checkinhaber übergeht; sie geht in der Art über, daß, wenn mehrere Checkinhaber hinter einander vorlegen, der erste Vorleger dem zweiten vorgeht und der zweite nur für soviel auf das Guthaben der Bank Anspruch hat, als noch übrig bleibt; sie geht also über in dem Stande, in dem sie sich zur Zeit der Vorlegung befindet; sie geht über, wenn das Guthaben nicht unterdessen gesperrt ist. Daher:

1. der Checkinhaber tritt in die Forderung ein mit all ihren Sicherungen;

2. hat die Forderung irgend welche prozessualischen Vorrechte, so gehen auch diese auf den Checkberechtigten über;

3. wenn zwischen dem Checkaussteller und der Bank ein etwaiger prozessualischer Vertrag, z. B. Zuständigkeits- oder Schiedsvertrag, abgeschlossen worden ist, so muß er auch den Checkberechtigten treffen, es müßte denn sein, daß sich aus der ursprünglichen Vereinbarung mit der Bank ergäbe, daß diese prozessualischen Verträge auf die unmittelbaren Parteien beschränkt sein sollen;

4. die Übertragung des Checks bedarf nicht der Schriftform des § 792.

§ 61.

I. Die Übertragung geschieht durch einfachen Vertrag zwischen dem alten und neuen Gläubiger, § 398. Der Schuldner hat dabei keine Stelle: einer Übernahme durch ihn bedarf es nicht, es bedarf auch nicht einmal seiner Kenntnis: unmittelbar mit dem Vertrag ist der neue Gläubiger Gläubiger, der alte hört auf, es zu sein; der neue Gläubiger kann verfügen, weiter übertragen, die Verjährung unterbrechen, er tritt in die Aufrechnungslage ein, ihm können Bürgschaften bestellt werden usw.[1]) Der Übergang kann auch kraft Gesetzes erfolgen, namentlich wenn das Deckungsrecht des Gläubigers übergeht (unten S. 207f.): die Hauptgrundsätze sind die gleichen, § 412 (aber auch 1251).

---

[1]) R.G. 29. Sept. 1902, Entsch. 52, S. 181. Anders die Verpfändung § 1280.

II. Die Grundsätze des guten Glaubens haben auf dem Gebiete der unkörperlichen Gegenstände nicht die Bedeutung erlangt wie auf dem Gebiete der Sachen. Daher wird

1. der Erwerber einer Forderung nur dann Gläubiger, wenn er die Forderung von dem richtigen Träger dieser Forderung erwirbt; dies auch dann, wenn er sich bei dem Erwerb in gutem Glauben befindet. Der Grund liegt darin, daß hier der Besitz fehlt, der bei den Sachen eine so große Rolle spielt und so vielfach „prima facie“ als Recht gilt;

2. der Erwerber wird nur dann Gläubiger, wenn die Forderung besteht, sonst nicht, sollte er sie auch gutgläubig für bestehend halten; dies ist ein unumgänglich notwendiger Satz, da auch der Schuldner wesentlich beteiligt ist. Eine Ausnahme gilt, wenn der Schuldner zur Täuschung des Erwerbers die Hand geboten hat, indem er für einen Scheinvertrag eine Schuldurkunde ausstellte, ohne der Scheinabrede in der Urkunde zu gedenken, § 405, ein Fall, der oben I S. 491 f. besprochen worden ist. Der gutgläubige Erwerber wird hier Gläubiger, sei es, daß er der erste oder der folgende Erwerber ist; und ist die Forderung auf solche Weise entstanden, so bleibt sie bestehen, auch wenn nachträglich ein bösgläubiger Erwerber sie weiter erwirbt, vorbehaltlich natürlich der Anforderungen des Schuldners wegen Arglist, falls diese Erwerbung bezweckte, ihn zu schädigen.[1])

III. Der Schuldner kann sich den Bestimmungen über den Forderungsübergang ohne weiteres fügen. Er kann, mag er auch erst nachträglich Kenntnis erlangen, unter allen Umständen sagen, er wolle den Rechtsstand in der Art für sich haben, wie er dieser schlank entwickelten Rechtsgestaltung entspreche. Ihm ist aber auch eine zweite Möglichkeit gegeben: er kann sagen, er wolle die Rechtsgestaltung so, als ob der neue Gläubiger erst in dem Augenblick eingetreten wäre, wo er (der Schuldner) von dem Forderungsübergang Kenntnis erlangt hat und dieser ihm kundbar geworden ist, §§ 407, 406. Dann ist die Kenntnis entscheidend; in welcher Weise er sie erlangt, ist gleichgültig: sie kann durch Anzeige von seiten des Ab-

[1]) Teilweise zutreffend O.L.G. Frankfurt 20. Nov. 1903, Mugdan VIII, S. 444. Gutgläubig ist auch hier gutgläubig im Sinn von Abwesenheit von Kunde und Fahrlässigkeit, § 405.

tretenden oder des Erwerbers erfolgen,[1]) deren Glaubwürdigkeit seinem pflichtgemäßen Ermessen obliegt,[2]) sie kann auch auf andere Weise geschehen; eine Ausnahme gilt im Falle der Übertragung des Gehalts eines Beamten (oder einer der in § 411 bezeichneten Personen), wo die Zahlstelle keine sonstige Kenntnis, sondern nur eine öffentlich beglaubigte Benachrichtigung des bisherigen Gläubigers zu berücksichtigen hat, § 411. Wenn im übrigen zwei Kenntnisgründe zu verschiedenen Zeiten eintreten, so kann die Wirkung des Forderungsübergangs immer nur auf die frühere, nicht auf die spätere Zeit verlegt werden; denn die erste Kenntnis muß genügen, auf daß der Schuldner von der Übertragung Kunde habe; und von diesem Augenblick muß er sich die Folgen der Übertragung gefallen lassen; anders nur im Fall des § 411.

---

[1]) Frühere Rechte verlangten vielfach Denunziation oder etwas ähnliches, vgl. Enzyklop. I S. 666. Hier sei folgende Verordnung von Florenz aus dem 13. Jahrh. erwähnt, die den Juristen bis jetzt kaum bekannt sein dürfte:

Statuimus et ordinamus quod si quis vel si qui habet vel habeant recipere aliquam pecunie quantitatem ab aliquo vel aliquibis civitatis et districtus Florentie ex quacumque causa vel causis, et de dicta quantitate sit data vel cessa actio sive ius alicui persone contra illum vel illos qui in certa quantitate tenentur ut dictum est; et debitor in totum vel in partem satisfacerit primo creditori vel recipere debenti; dictus debitor vel debitores liberati sint pro solutione predicta: dummodo secundus creditor vel secundi creditores, vel cui aut quibus data seu cessa fuerit actio vel ius a primo vel primis creditore vel creditoribus, non denuntiaverint ei vel eis contra quem vel quos data seu cessa fuerit actio sive ius, vel partem predicti debiti non receperit, vel cum eo de dicto debito litem contestati non essent, vel de dicto debito non esset data tenuta vel exbannimentum pronuntiatum vel alterum ipsorum, et appareat alter ipsorum per publicam scripturam; tunc talis debitor vel debitores non sint liberati, immo teneantur in totum secundo creditori vel creditoribus cui vel quibus cessa fuerit actio sive ius: dummodo denuntiatum sit debitori per ipsum secundum creditorem, vel reciperit contra eum tenutam vel exbannimentum vel in partem debitum receperit vel litem contestatus esset; ita tamen quod alterum eorum sufficiat. Et hoc extendatur ad preterita et futura, et sit ita quod mutari non possit: immo teneatur Potestas et eius iudex et iudices curiarum predicta omnia observare et facere, ut dictum est. Et etiam teneatur Potestas facere et curare ita quod hoc capitulum ponatur de Constituto in Constitutum; et omnia ita intelligantur ad preterita et futura. Bei Rondoni, i più antichi frammenti del costituto Fiorentino p. 69.

[2]) O.L.G. Dresden 6. November 1902, Seuffert 58, No. 117.

Da mithin der Schuldner den Augenblick der Übertragung oder den Augenblick der Kenntnis zu Grunde legen kann und das eine oder andere in seinem Belieben steht, so haben wir auch hier einen der Fälle der doppelten Rechtsordnung, in dem Sinne, daß der Schuldner entweder die regelrechte Rechtsentwicklung (Regelrecht) als maßgebend erklären kann oder die Rechtsentwicklung, bei der zur Vollwirkung noch ein Öffentlichkeitselement, hier seine Kenntnis, hinzutreten muß (Aushilferecht). Vgl. I S. 32. Hierüber gilt folgendes:

1. Gewöhnlich wird es natürlich dem Schuldner vorteilhafter sein, sich auf den Kundbarkeitsstandpunkt zu stellen, sofern er beispielsweise unterdessen an den bisherigen Gläubiger geleistet oder mit ihm günstigere Bedingungen ausgemacht hat. Doch ist auch der Fall denkbar, daß es für ihn vorzuziehen ist, das Regelrecht als maßgebend zu erklären; so wenn er etwa in der Zwischenzeit mit dem bisherigen Gläubiger einen ungünstigen Vergleich abgeschlossen haben sollte.

Daher kann 2. der Schuldner, wenn er an den bisherigen Gläubiger unkundig geleistet hat, von ihm das Geleistete zurückverlangen, sodaß die Forderung des Erwerbers, wie sie nach dem Regelrecht erwächst, in voller Kraft besteht und nicht dem Aushilferecht unterliegt; was wiederum für den Schuldner von Wichtigkeit sein kann, wenn er etwa in die Lage kommt, gegenüber dem neuen Gläubiger aufzurechnen. Vgl. Anhang.

Und hat ferner 3. der Abtretende nach der Abtretung geklagt, bevor der Schuldner von der Abtretung wußte, dann kann der Schuldner den Prozeß sich weiter gestalten lassen, mit der Wirkung, daß die Entscheidung dem neuen Gläubiger gegenüber gilt; es ist hier, wie wenn die Klageerhebung vor der Abtretung stattgefunden hätte. Dies kann er; er kann aber auch dem Kläger entgegenhalten, daß er zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr der richtige Forderungsberechtigte war und daher abgewiesen werden müsse. Vgl. Anhang.

4. Eine Mahnung des Erwerbers zur Zeit, wo der Schuldner von der Abtretung noch keine Kenntnis hatte, braucht der Schuldner nicht zu berücksichtigen; aber auch eine Mahnung des Abtretenden könnte er in den Wind schlagen. Da er aber zwischen beiden Rechtsordnungen wählen muß, so muß er

sich eine Mahnung in dem Augenblick, wo sie von **beiden** erfolgt ist, jedenfalls gefallen lassen.

5. Die doppelte Rechtsordnung gilt auch für die Aufrechnungslage. Der Schuldner kann für sich die Aufrechnungslage in Anspruch nehmen, wie wenn die Übertragung erst im Augenblick der Kenntnisnahme erfolgt wäre, § 406. Er kann also eine Gegenforderung aufrechnen, die, gegenüber dem alten Gläubiger, in der Zwischenzeit zwischen der Übertragung und Kenntnisnahme entstanden ist; aber nur er, nicht auch der Gegner: daher kann der alte Gläubiger die übertragene Forderung nicht gegen die vom Schuldner neu erworbene Gegenforderung aufrechnen, auch dann nicht, wenn der neue Gläubiger zustimmte und dadurch die übertragene Forderung wieder in die Verfügungsgewalt des alten Gläubigers brächte.

Der Schuldner ist aber auch hier nicht verpflichtet, die Aushilfeordnung für sich anzurufen; so wenn er eine Gegenforderung gegen den neuen Gläubiger hat und es ihm darum zu tun ist, die Aufrechnungslage gegen den neuen Gläubiger sofort mit dem Forderungsübergang entstehen zu lassen (z. B. wegen Hemmung des Zinsenlaufes).

Doch darf natürlich der Schuldner auch hier nicht beide Rechtsordnungen zu gleicher Zeit anrufen: er hat zwischen beiden die Freiwahl. Vgl. Anhang.

IV. Die doppelte Rechtsordnung gilt auch dann, wenn der Übertragende, nachdem er an den M übertragen hat, ein zweites Mal an den N überträgt und der Schuldner von dieser Übertragung an den N erfährt, aber nicht von der an den M: hier kann der Schuldner nunmehr die Rechtsordnung anrufen, wie wenn jetzt der zweite Erwerber der Berechtigte wäre. Dieses ist zwar in § 408 nicht vollkommen ausgesprochen, muß aber trotzdem in vollem Umfange angenommen werden; nicht nur, sofern etwa der Schuldner an den vermeintlichen Erwerber zahlt oder mit ihm Rechtsgeschäfte abschließt, sondern auch, sofern er Aufrechnungsforderungen gegen ihn erwirbt, in welchem Falle die nämlichen Schicksale eintreten müssen, wie wenn er Aufrechnungsforderungen gegen den Abtretenden erwürbe und diesen für den Forderungsberechtigten hielte. Es wäre abwegig, den Schuldner in diesem Falle hilflos zu lassen. Vgl. Anhang.

V. Die doppelte Rechtsordnung ist eine Rechtsordnung zu Gunsten des Schuldners. In Bezug auf andere gilt die einfache Regelordnung, weshalb also beispielsweise bezüglich einer Forderungspfändung der bisherige Gläubiger sofort aufhört, Gläubiger zu sein. Vgl. Anhang.

VI. Die doppelte Rechtsordnung ist nichts der Abtretung Eigentümliches: sie tritt überall hervor, wo der Schuldner gesichert werden soll, wenn nach außen hin eine andere Gläubigerschaft hervortritt, als die, welche dem Regelrecht entspricht. Sie gilt daher 1. auch beim Übergang der Forderung kraft Gesetzes, § 412, oder kraft gerichtlicher Überweisung, namentlich auch im Konkurs, § 8 K.O., und zwar nach beiden Richtungen hin (oben III und IV); nur daß

a) die gerichtliche Überweisung meist eine Beschlagnahme der Forderung bei dem Schuldner voraussetzt; doch besteht eine Ausnahme im Konkurs; und daß

b) der Übergang kraft Gesetzes bezüglich einer bereits vorher übertragenen Forderung nur in Betracht kommt, wenn der Schuldner durch eine Anerkennung des bisherigen Gläubigers gegenüber den Forderungserwerber irregeführt wird, denn diese Anerkennung ist für ihn bestimmend gleich einer Übertragung, § 408 (vgl. Anhang). Die doppelte Rechtsordnung gilt

2. auch dann, wenn die Forderung zu Gunsten einer anderen Person entsteht, als zu Gunsten derjenigen, in welcher sie dem Anschein nach begründet wird. Das ist der Fall bei den Ersatzerwerbungen (Surrogationen), wenn nämlich entstehende Forderungen, weil sie mit fremdem Vermögen begründet werden, nicht im Vermögen des Erwerbers, sondern in einem fremdem Vermögen erwachsen, z. B. wenn der Vorerbe aus dem Vorerbschaftsvermögen eine Forderung erwirbt, welche folgeweise der Vorerbschaft angehört, während der Schuldner etwa meinen möchte, daß sie zu dem freien Vermögen des Vorerben zählt, § 2111, oder der Erbschaftsbesitzer, § 2019, der Gesellschafter, § 720; das gleiche gilt vom Gesamtgut und eingebrachten Gut, §§ 1473, 1524, aber auch von anderen im B.G.B. nicht genannten Fällen des Ersatzerwerbs.[1]) Vgl. Anhang.

---

[1]) Hierüber Arch. f. b. R. XXII S. 16f.

§ 62.

I. Der Schuldner ist an sich, was die Leistung an den neuen Gläubiger betrifft, von der Gültigkeit der Übertragung beeinflußt. Ist diese ungültig, so ist die Leistung an den neuen Gläubiger keine Erfüllung und befreit ihn nicht; das Gleiche auch dann, wenn die Übertragung anfechtbar ist und angefochten wird. Dadurch würde die Rechtslage des Schuldners sehr gefährdet, was umso mißlicher wäre, als die Forderungsübertragung durchaus nicht von seiner Einwilligung abhängt und er mithin, auch wenn die Forderung seiner Zeit in voller Festigkeit begründet wurde, ohne sein Zutun in eine schwankende Lage käme. Dieselbe Schwierigkeit würde eintreten, wenn der Gläubiger dem Schuldner gegenüber einen gesetzlichen Forderungsübergang anerkännte, der in der Tat nicht erfolgt wäre.

II. Um dieser Gefahr zu entgehen, ist ebenfalls eine doppelte Rechtsordnung festgesetzt, und zwar lautet die Aushilfeordnung hier dahin: der Schuldner kann den Erwerber als neuen Gläubiger behandeln, wenn der Abtretende ihm die Abtretung angezeigt oder dem Erwerber eine Abtretungsurkunde ausgestellt hat, welche dem Schuldner vorgelegt wird (§ 409). Hiernach bleibt der Schuldner nur insofern gefährdet, als möglicherweise diese Anzeige nichtig wäre oder anfechtbar und angefochten würde; allein das sind Dinge, welche der Verkehr sich immer gefallen lassen muß, und welche mehr oder minder im Kreise der Prüfungsmöglichkeit des Schuldners liegen.[1])

Eine solche Anzeige könnte ohnedies als Anweisung behandelt werden, sodaß die Leistung des Schuldners in dieser Art gedeckt wäre: der Abtretende würde sich hierdurch mit der Leistung an den Erwerber einverstanden erklären. Aber dies wäre nicht genügend: eine Anweisung könnte stets widerrufen werden; auch wäre der Schuldner für seine Erfüllungsleistung gesichert, nicht für andere Interessen. Darum gilt auch hier eine doppelte Rechtsordnung, und der Schuldner hat daher nicht nur die Befugnis, an den Erwerber zu leisten, sondern auch mit ihm (gutgläubig) einen Vergleich abzu-

[1]) Der gleiche Gedanke ist in § 836 Abs. 2 Z.P.O. verwirklicht. Der Abtretungsanzeige steht die oben erwähnte Anerkennung eines gesetzlichen Überganges gleich.

schließen und alles aufzurechnen, was er aufrechnen könnte, wenn der Scheinerwerber der wirkliche Erwerber wäre. Die doppelte Rechtsordnung gilt für den Schuldner in Bezug auf den Erwerber, sie gilt natürlich auch in Bezug auf dessen Rechtsnachfolger, z. B. den bei dem Erwerber pfändenden Gläubiger.

Auch hier ist die doppelte Rechtsordnung eine Rechtsordnung zu Gunsten des Schuldners, in dessen Belieben es steht, ob er davon Gebrauch machen will. Er kann natürlich auch den wahren Forderungsberechtigten als Forderungsberechtigten behandeln und braucht sich einen Scheinerwerber nicht aufdrängen zu lassen: eines besonderen Gegeninteresses bedarf es hierbei nicht.[1]) Anders verhält es sich mit einem wirklichen Erwerber mit Treupflicht (fiducia): für diesen gelten die Grundsätze des Treuverhältnisses.[2]) Vgl. Anhang.

III. Über die Sicherungseinrede, § 410, s. I S. 195, 264.

4. Schuldübernahme.

§ 63.

I. Der Gläubiger ist über seine Forderung auch in der Art verfügungsbefugt, daß er einen anderen Schuldner an Stelle des bisherigen treten lassen kann. Solches geschieht durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner, ohne daß es einer Zustimmung des alten Schuldners bedarf; dies selbst dann, wenn die Leistung des neuen Schuldners eine andersgestaltete ist als die des alten: denn der Gläubiger kann mit dem neuen Schuldner sofort einen Erfüllungsvertrag abschließen, er kann ihm auch sofort die Schuld erlassen oder sie durch einen Gegenvertrag unwirksam machen, § 414 (Schuldübernahme). Vgl. S. 158f.

II. Eine Schuldübernahme kann auch durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem neuen Schuldner erfolgen: ein solcher Vertrag enthält eine Verfügung über die Forderung, ohne daß beide Teile Verfügungsgewalt hätten; daher wirkt er nur, wenn der Gläubiger als Verfügungsberechtigter ihn genehmigt,

[1]) Unrichtig Kammergericht 16. Januar 1902, Mugdan IV, S. 212, unrichtig auch R.G., 3. Juni 1904 Recht VIII, S. 361; vgl. auch O.L.G. Kolmar 15. Juni 1901 Z. franz. Ziv.R. XXXII S. 550.

[2]) R.G. 10. Oktober 1903 J.W. XXXIII S. 6, vgl. auch O.L.G. Dresden 6. Juni 1904, Mugdan IX S. 30. Vgl. oben S. 15.

was er tun kann, sobald er in die Genehmigungslage kommt; in diese kommt er aber dadurch, daß der Vertrag durch Anzeige (Mitteilung) eines der beiden Vertragsgenossen aus ihrem Privatkreis herausgehoben und seiner Genehmigung unterbreitet wird.

Die Genehmigungslage des Gläubigers kann durch Fristsetzung begrenzt werden, sodaß sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist aufhört und der Gläubiger nicht mehr mit Rechtswirksamkeit genehmigen kann, § 415.

III. Einer solchen Vereinbarung zwischen dem alten und neuen Schuldner wird natürlich häufig ein Schuldtilgungsvertrag vorhergehen, d. h. ein Vertrag, worin der neue Schuldner sich dem alten gegenüber verpflichtet, die Schuld zu erfüllen: daraus entspringt ein einfaches schuldrechtliches Verhältnis zwischen dem alten und neuen Schuldner, welches den Gläubiger nicht berührt. Allerdings könnte darin ein Versprechen zu Gunsten des Gläubigers in der Art liegen, daß der Gläubiger hierdurch ein (unmittelbares) Forderungsrecht gegen den neuen Schuldner erwürbe, in welchem Falle er dann zwei Gesamtschuldner hätte, den ursprünglichen und den neuen; allein ein derartiges Versprechen zu Gunsten des Dritten ist regelmäßig nicht anzunehmen, da hierin eine starke Begünstigung des Gläubigers läge, welche zu gewähren der (alte) Schuldner regelmäßig keine genügende Veranlassung haben wird, §§ 415, 329. Vgl. auch S. 151.

IV. Eine Besonderheit bezüglich der Fristsetzung gilt für die Schuldübernahme beim Grundstückserwerb, wenn der Grundstückserwerber die Hypothekenschuld oder, falls es sich um einen Erwerb in der Zwangsversteigerung handelt, die der Grundschuld entsprechende persönliche Schuld des bisherigen Eigentümers übernimmt; hier wird der Gläubiger durch die Frist in entgegengesetzter Weise auf die Schneide gestellt, in der Weise nämlich, daß, wenn er sich nicht innerhalb 6 Monaten äußert, die Schuldübernahme auch ohne und gegen seine Genehmigung von Statten geht. Die Voraussetzung ist, 1. daß die Mitteilung durch den Veräußerer (den bisherigen Schuldner) erfolgt und zwar nach der Grundbucheintragung,[1])

[1]) Mitteilung nach der Auflassung, wenn auf Grund ihrer die Eintragung stattfindet, muß genügen; empfehlenswert ist es aber, den § 416 wörtlich zu beobachten. Sicher kann sie erfolgen, auch wenn statt des Erwerbers schon wieder ein anderer eingetragen ist, R.G. 2. Dez. 1903, J.W. XXXIII S. 58f.

daß sie 2. schriftlich erfolgt unter ausdrücklichem Hinweis auf die Rechtsfolge, § 416 B.G.B. und § 53 Z.V.G.

Der Grund dieser Besonderheit liegt darin, daß eine solche Übernahme nicht nur allgemein üblich ist, sondern regelmäßig auch dem Gläubiger, der vornehmlich durch das dingliche Recht gedeckt wird, keinen Nachteil bringt; Bedingung ist aber, daß die Voraussetzungen zu 1 und 2 pünktlich erfüllt sind. Über die gesetzliche Frist von 6 Monaten s. I S. 263.

Die Wirkung der Frist steht und fällt mit dem Grundstückserwerb; sie bleibt bestehen, wenn das Grundstück zurückübertragen wird, sie zerfällt, wenn die Übertragung anfechtbar ist und angefochten ist: in diesem Fall ist die Übernahme niemals rechtlich erfolgt.

V. Im übrigen kann auch in diesem Falle eine Schuldübernahme in gewöhnlicher Weise geschehen, sofern man eben nur auf diese Fristwirkung verzichtet, also eine Schuldübernahme nach § 414 oder 415;[1]) so insbesondere wenn der Gläubiger die Übernahme ausdrücklich genehmigt.[2])

In allen Fällen schließt das Schuldübernahmegeschäft zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer nicht aus, daß der Übernehmer auch noch unmittelbar mit dem Gläubiger in Beziehung tritt und daß die Schuldübernahme mit diesem vor sich geht, was insbesondere von Bedeutung ist, wenn etwa die Schuldübernahme des § 415 nicht zum Vollzug gelangt.

VI. Der Übernehmer tritt in die Schuld ein in der Rechtslage, in der sie sich befindet; aber er tritt ein als neuer Schuldner: darum haften die Bürgen und Pfänder des alten Schuldners nicht weiter, wenigstens nicht gegen ihren Willen, §§ 417, 418. Über Aufrechnung s. S. 214, über Konkursvorrechte S. 16.

II. Mittelbare Verfügung.

1. Allgemeines.

§ 64.

I. Eine mittelbare Verfügung über die Forderung liegt in den Auflösungshandlungen (Rücktritt, Widerruf, Kündigung); sie kann auch darin liegen, daß der Gläubiger

[1]) Vgl. R.G. 4. Juli 1904, J.W. XXXIII S. 550.

[2]) O.L.G. Naumburg, 14. Jan. 1903 Recht VII S. 158, Oberst. L.G. München, 23. Sept. 1904 Recht VIII S. 552.

1. sein Deckungsrecht geltend macht, und

2. darin, daß er die Erfüllung annimmt; dies gilt aber regelmäßig nur dann, wenn die Erfüllung nicht durch eine tatsächliche Leistung geschieht, sondern durch eine Rechtsleistung, sodaß die Annahme nicht eine tatsächliche Handlung, sondern eine Rechtshandlung ist. Wenn also beispielsweise jemand dem Barbier seine vertragsmäßige Tätigkeit dadurch ermöglicht, daß er sich ihr unterwirft, so liegt darin keine Verfügung; wenn aber jemand bei Eigentums- oder Besitzübergabe das Übertragene annimmt, so liegt darin, eben weil es eine Einwirkung auf das Schuldverhältnis durch Rechtshandlung darstellt, eine Verfügung. Dies ist wichtig wegen der Geschäftsfähigkeit und sodann auch wichtig für die elterliche Gewalt und die Vormundschaft, wo die Verfügungshandlungen mehr oder minder unter Aufsicht gestellt sind; vgl. namentlich §§ 1812 f.[1]) Vgl. auch S. 329.

II. Nur nach zwei Richtungen hin kann auch bei sonstiger Übernahme in den Interessenkreis des Gläubigers eine Rechtsfolge eintreten, nicht kraft der Übernahme selbst, sondern kraft der Übernahme mit Unterlassung eines Vorbehalts. Nämlich

1. die Annahme bei Kenntnis des Mangels schließt die Befugnis der Mängelrüge aus, nicht nur bei Gegenstands- und Zustandsleistungen, sondern auch bei Gebrauchsüberlassungen, §§ 464, (493), (524), 640, (539), (581);[2])

2. sie verschließt das Recht der Vertragsstrafe (§ 341).

Der Vorbehalt ist eine abhängige Rechtshandlung (I, S. 537), die, wie eine andere derart, nicht zum voraus erklärt, die bei fortlaufenden Leistungen, soweit es sich um Vertragsstrafen handelt, bis zuletzt nachgeholt werden kann, die, was die Mängelrüge betrifft, bei Grundstücken mit der Besitzübernahme erfolgen muß, auch wenn die Auflassung erst nachfolgt.[3])

III. Die Lehre von der Erfüllung und Deckung wird unten bei der Darstellung des Erlöschens der Schuldverhältnisse folgen, S. 185 ff., 205 ff.

---

[1]) Was die elterliche Gewalt betrifft, vgl. Neubecker, Z. Rechtspfl. in Bayern 1905 Nr. 7.

[2]) Bei Werkleistungen allerdings unter Vorbehalt des § 635. Vgl. O.L.G. Hamburg 23. April 1904, Mugdan VIII S. 441. Bei der Miete ist § 541 cf. § 539 Satz 1 zu beachten. Im übrigen vgl. oben I S. 580.

[3]) R.G. 8. Juni 1904 J.W. XXXIII S. 406.

2. Auflösungshandlungen.

a) Allgemeines.

§ 65.

I. Eine mittelbare Verfügung liegt im Rücktritt, im Widerruf und in der Kündigung (Auflösungshandlungen). Diese bilden eine Gruppe mit besonderen Eigentümlichkeiten; nämlich:

1. Rücktritt wie Widerruf und Kündigung sind abhängige Rechtshandlungen (I, S. 537), welche nicht im voraus erfolgen können. Eine Erklärung des Schenkers, daß er für den Fall des künftigen Undanks oder einer bestimmten künftigen Undanksbezeigung widerrufe, oder des Mieters, daß er für den Fall künftiger Veräußerung der Mietsache kündige, ist wirkungslos; von Bedeutung kann nur eine zweite Erklärung nach Eintritt des Falles sein, welche allerdings aus der ersten Erklärung ihre Auslegung erfahren kann. Ebenso verhält es sich mit der Kündigung wegen nicht rechtzeitiger Mietzinszahlung.[1])

2. Eine Rücktrittsverfügung kann unter mehreren beim Geschäft Beteiligten nur einheitlich und gleichmäßig erfolgen; ist einer ausgeschlossen (etwa wegen §§ 351, 352), so sind alle davon ausgeschlossen, §§ 356, 467, 474. Dasselbe gilt für den Widerruf, jedoch nicht für den Widerruf eines von mehreren Schenkern, da hier den persönlichen Interessen Rechnung getragen werden muß und der Beschenkte vielleicht nur gegen den einen Schenker undankbar war. Vgl. S. 255, 299.

Bei der Kündigung gelten hierüber besondere Grundsätze: ob die Kündigung von mehreren zusammen erfolgen muß oder von einem allein erfolgen kann, richtet sich nach der Art des Rechtsverhältnisses (bei der Miete im Fall mehrerer Mieter gemeinsam, bei der Gesellschaft von jedem Gesellschafter).

3. Die Befugnis hierzu kann, soweit sie eine vertragsmäßige Regelung zuläßt,[2]) an irgend welche Bedingungen geknüpft, auch mit einer Gegenleistung verbunden, mit einem Aufgeld (Reugeld) beschwert sein.[3]) Hierüber gilt Folgendes

---

[1]) R.G. 2. Novb. 1903 Seuffert 59 Nr. 55.

[2]) Was bei Kündigung und Widerruf nur teilweise zutrifft.

[3]) Vgl. den Fall O.L.G. Kiel, 5. Juli 1903, Mugdan VIII, S. 44.

a) Der Annahmeverzug hinsichtlich des Aufgeldes steht insofern der Annahme gleich, als die Verfügungshandlung nunmehr mit Wirkung vollzogen werden kann;

b) wird die Verfügungshandlung ohne die Reugeldleistung vollzogen, so ist sie nicht ohne weiteres unwirksam: sie ist nur dann unwirksam, wenn der andere Teil sie unverzüglich zurückweist, § 359 B.G.B.;

c) wird das Reugeld nicht sofort entrichtet, so besteht eine einseitige Verpflichtung zur Zahlung: die Verpflichtung geht aus der berechtigten Verfügung hervor, sie ist mithin keine Strafe für eine Zuwiderhandlung und hat daher mit der Vertragsstrafe nichts zu tun: § 343 findet keine Anwendung;[1])

d) zu den Rücktrittsbedingungen kann auch die gehören, daß an Stelle des hiermit aufzulösenden Geschäfts ein anderes abgeschlossen wird; doch ist in dem häufigen Fall des Kaufs unter Vorbehalt des Umtausches kein Rücktritt, sondern ein einfacher Vorvertrag in der Art anzunehmen, daß der Verkäufer ein Umtauschgeschäft in Bezug auf die in seinem Laden befindlichen Waren zu den üblichen Preisen eingehen werde. Vgl. Anhang.

II. Im übrigen hängt die Kündigung so sehr mit der Lehre von den Rechtsverhältnissen und der Widerruf mit der Einzellehre zusammen, daß darüber unten (S. 269f., 284, 392) zu handeln ist. Hier ist nur der Rücktritt näher zu erörtern.

b) Rücktritt.

§ 66.

I. Der Rücktritt ist eine auf Grund Rechtsgeschäfts oder auf Grund Gesetzes erfolgte Rechtshandlung in Bezug auf ein gegenseitiges Schuldverhältnis, mit der Folge, daß die rückständigen Verpflichtungen aufhören, im übrigen aber ein Rücktrittsverhältnis (mit selbständigem Erfüllungsort) entsteht, und zwar in Gestalt eines zweiten gegenseitigen Schuldverhältnisses, worin beide Teile verpflichtet sind, sich das Erlangte zurückzugewähren. Hierbei gilt regelmäßig die Bestimmung, daß anstatt Dienst- und Gebrauchsersatz Wertersatz eintritt, und daß eine Haftung für Sachbehandlung und Sachnutzung, bezw. Gegenstandsnutzung nach den Grundsätzen einer guten Wirtschaft von der Zeit des Leistungsempfanges an stattfindet, §§ 346, 347, 349.

[1]) Verkehrt O.L.G. Kiel, 20. Januar 1903, Mugdan VII, S. 17.

II. Die Rücktrittsbefugnis wird, mindestens wenn es eine vertragsmäßige Rücktrittsbefugnis ist, durch folgende zwei Grundsätze beschränkt:

1. sie fällt weg, wenn der Befugte durch unwirtschaftliche oder eigenwirtschaftliche Behandlung des Rückleistungsgegenstandes eine Mangelhaftigkeit des Rückleistungsverhältnisses herbeigeführt hat; wenn er also entweder Untergang oder Verschlechterung des Rückleistungsgegenstandes „verschuldet", d. h. durch ungeeignete Behandlung herbeigeführt, oder wenn er durch subjektiven eigenwirtschaftlichen Eingriff eine solche Umbildung des Gegenstandes verursacht hat, daß dieser für die fremde Wirtschaft nicht mehr paßt; wenn er also den Gegenstand für seine besonderen Zwecke gestaltete und verarbeitete; vgl. §§ 351, 352.

2. Die Rücktrittsbefugnis kann auf die Schneide gestellt werden, indem der Gegner eine angemessene Frist setzt, um sie auszuüben, sofern nicht eine Frist schon besteht: nach Ablauf der bestimmten oder gesetzten Frist ist die Rücktrittsbefugnis erloschen, § 355.

III. Der Rücktritt bewirkt eine gegenseitige Verbindlichkeit. Daher kann

1. sobald die Rücktrittserklärung erfolgt ist,[1]) ein jeder Teil, also auch der Gegner, Leistung verlangen, und zwar Leistung Zug um Zug gegen Gegenleistung, § 348.

2. Im Fall von Verschuldung und Verzug treten nunmehr die gewöhnlichen Schadenersatzfolgen ein.

3. Der Rücktretende kann, im Falle des Verzuges des anderen, ihm eine Frist setzen, in der Art, daß er nach Ablauf der Frist statt Leistung Schadenersatz begehrt.

4. Der Gegner kann bei Verzug des Rücktretenden diesem eine Frist setzen und bei ihrer Erfolglosigkeit vom Rücktrittsgeschäft zurücktreten,[2]) § 354. Dagegen

[1]) Bezüglich der Wandelung vgl. S. 238f.

[2]) Dies ist insbesondere dann wichtig, wenn etwa die Leistung des Rücktretenden infolge einer gegen ihn erwirkten Zwangsvollstreckung nicht erfolgen kann: die Zwangsversteigerung hat der Rücktretende stets zu „vertreten"; nur teilweise richtig R.G., 9. Dez. 1903 Jur. W. XXXIII Beil. Nr. 9, und 18. Januar 1904 Jur. Zeit. IX S. 266, O.L.G. Hamburg 1. Okt. 1901, Mugdan IV S. 38. Tritt der Gegner vom Rücktrittsgeschäft zurück, so leben die untergegangenen Forderungen wieder auf.

ist eine Schadenersatzpflicht des Rücktretenden nicht begründet: der Rücktritt kann in seinen Wirkungen wegfallen, er kann aber nicht zu Ungunsten der Rücktretenden wirken.

IV. Die Rücktrittsbefugnis bietet dem Rücktrittsbefugten außergewöhnliche Vorteile; denn

1. haftet der Gegner bezüglich des ihm geleisteten Gegenwertes für Zinsen und Nutzungen (fructus percepti und percipiendi) nnd für gute wirtschaftliche Behandlung des Empfangenen vom Empfang an, §§ 347, 987;

2. wird die Gefahr, die von dem Leistenden auf den Empfänger übergegangen war, wieder auf den Leistenden zurückgewälzt, weil die Rücktrittsbefugnis auch dann bestehen bleibt, wenn der Gegenstand zufällig untergegangen ist (§ 350), sodaß der zurücktretende Empfänger den Gegenwert zurückerhält, ohne den empfangenen Gegenstand zurückleisten zu müssen. Das ist insofern eine schwere Mißlichkeit, als der Leistende vielleicht sonst über den Gegenstand anderweit verfügt und sich dadurch von der Gefahr befreit hätte. Die einmalige Verkehrslage, die der Leistende sich sonst frei hätte gestalten können, wird hierdurch unbeweglich festgehalten: jedes Rücktrittsgeschäft enthält ein erstarrendes Moment.

Von diesen Vorteilen fällt der erste beim nicht vertragsmäßigen Rücktritt weg, wenn den Gegner des Rücktretenden kein Verschulden trifft: dann haftet er nur bis zur Bereicherung, §§ 327 (283, 361, 636); vgl. auch §§ 543, 628.

V. Auf der anderen Seite hat der Rücktritt gewisse Beschränkungen und Nachteile:

1. so jene Beschränkungen bezüglich der Rückleistung, namentlich im Fall der eigenwirtschaftlichen Umwandlung; denn wenn der Gläubiger die Sache umbildet, so ist das Rücktrittsrecht für ihn dahin. Dies ist zutreffend bei der vertragsmäßigen Rücktrittsbefugnis, wo der Empfänger sich darauf einrichten kann, unzutreffend bei der gesetzlichen, welche durch Rechtswidrigkeiten des Gegners entsteht. In zwei Fällen, wo dies ganz unabweislich war, hat die Gesetzgebung geholfen, bei der Wandelung, § 467 und in erhöhtem Maße bei der Wandelung im Viehkauf, § 487. Aber auch in anderen Fällen wird man auf mittelbarem Wege zur Abhülfe gelangen: denn das Schadenersatzrecht kann sich tatsächlich zum Rücktritt gestalten;

2. so die Verpflichtung zur Leistung von Zinsen und Nutzungen, welche nicht nur dem Gegner, sondern auch dem Rücktretenden obliegt, denn es sind solche nicht nur nach dem Grundsatze der Bereicherung, sondern in vollem Maße zu leisten, was wiederum beim vertragsmäßigen Rücktritt sehr begründet ist, beim gesetzlichen nur bezüglich desjenigen Vertragsgenossen, der im Verschulden ist; daher ist nach Rechtsähnlichkeit des § 327 die Rückleistungspflicht der schuldlosen Vertragspartei auf die Bereicherungshaftung zu beschränken.[1])

3. Ist der Gegenstand an einen Dritten veräußert worden, sodaß der Rücktretende ihn nicht sofort herauszugeben vermag, so ist, sofern er noch richtig vorhanden ist, das Rücktrittsrecht an sich nicht ausgeschlossen; ist allerdings der Rücktretende nicht in der Lage, den Gegenstand zum Zwecke der Rückgabe herbeizuschaffen, dann ist ein Verzug gegeben, weil er selber durch Veräußerung und Rücktritt die mißliche Lage herbeigeführt hat und solche daher von ihm zu vertreten ist. Daher tritt in solchem Fall der § 354 ein, wonach der Gegner ihm eine Frist setzen kann, nach deren fruchtlosem Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt. Ist die Sache allerdings bei dem dritten Erwerber unwirtschaftlich verschlechtert oder eigenwirtschaftlich umgestaltet worden, so ist der Rücktritt ebenso ausgeschlossen, wie wenn diese Umstände beim Rücktrittsberechtigten selbst eingetreten wären, §§ 351—354.

VI. Die Rücktrittsbefugnis kann auf Gesetz (oben I S. 541) oder auf besonderer Vereinbarung beruhen; eine Vereinbarung liegt insbesondere im Eigentumsvorbehalt, § 455, in der Verfallklausel und in der Vereinbarung des Fixgeschäfts, §§ 360, 361. Beruht sie auf Vereinbarung, so kann zu den schuldrechtlichen Verpflichtungen eine dingliche Steigerung hinzutreten, indem bei Grundstücken eine Vormerkung erfolgt, bei beweglichen Sachen und sonstigen Gegenständen mit der Verpflichtung eine auflösende oder auch eine aufschiebende Bedingung verbunden wird.

Die Hauptfälle des gesetzlichen Rücktritts ergeben sich aus der Lehre von der Verzeitung und vom Verzug (S. 85 f., 251 f.).

---

[1]) Richtig § 628 Abs. 1, vgl. auch § 548 Abs. 2; fehlerhaft § 555.

V. Abschnitt.

Änderung und Erlöschen.

I. Änderung.

§ 67.

I. Eine Änderung des Schuldverhältnisses kann durch Vertrag stattfinden, welcher Vertrag die nämliche Form an sich tragen muß wie der das Schuldverhältnis begründende Vertrag oder wie ein Vertrag, der ein Schuldverhältnis mit dem neuen Inhalt begründen würde; so bedarf es beispielsweise einer Notariatsurkunde, wenn man ein Schuldverhältnis, das auf Grundstücksübertragung geht, ändern will, ebenso wie es einer solchen bedarf, wenn ein Vertrag, der auf etwas anderes geht, in einen Grundstückübereignungsvertrag umgewandelt werden soll (I, S. 530 f.). Eine derartige Umänderung hat mit der Novation des gemeinen Rechts nichts zu tun, denn es handelt sich nicht darum, daß das alte Schuldverhältnis in eine ganz neue Bahn kommen soll: es bleibt in seinem Wesen dasselbe, wenn es auch mit neuem Inhalt ausgefüllt wird.

II. Eine Umwandlung in der Art allerdings, daß an Stelle des materiellen Schuldverhältnisses ein abstraktes treten soll, wäre nicht eine Abänderung, sondern eine Begleichung des alten Schuldverhältnisses durch Begründung des neuen, also eine Leistung an Erfüllungsstatt kraft Erfüllungsvertrags; denn eine Abtrennung des Schuldverhältnisses von allen seinen Lebensbedingungen kann nur in der Art geschehen, daß man es ertötet und ein anderes an seine Stelle setzt.

Eine Umwandlung in der Art, daß an Stelle des alten Schuldverhältnisses ein Darlehnsgeschäft tritt, erfolgt dadurch, daß der Schuldner kraft Anweisung des Gläubigers an sich selbst leistet und das Geleistete als Darlehen behält, § 607 Abs. 2.

III. Neben diesen Möglichkeiten gibt es keine weitere; die Novation des Pandektenrechts war ein unverstandener Erfüllungsvertrag, dem man mitunter ein Anweisungsverhältnis oder eine mißverstandene Schuldübernahme u. dergl. zugesellte; sie war ein juristischer Wechselbalg.

II. Erlöschen.

1. Allgemeines.

§ 68.

I. Das Erlöschen der Schuld kann ein vollständiges oder ein gemindertes sein, ein gemindertes in der Art, daß die Schuld, die als Vollschuld neben einer anderen bestand, neben dieser zur Gesamtschuld wird; wenn der Schuldner aus zwei Verbindlichkeiten je 1000 schuldet, so kann die eine der zwei Schulden in der geminderten Art erlöschen, daß sie noch gesamtschuldnerisch neben der anderen weiter besteht, sodaß zwar der Gläubiger statt 1000 + 1000 nur 1000 verlangen kann, daß er sie aber unter beiden Titeln verlangen kann. Die Bedeutung dieses Fortbestehens liegt darin, daß in solchem Falle, wenn die Schuld mit Sicherungen versehen ist, diese Sicherrungen fortbestehen bleiben, sodaß also der Gläubiger die Sicherungen der einen und der anderen Schuld vereinigen kann.

II. Eine solche „Reduktion" kann bewirkt werden durch einen entsprechend beschränkten Erlaß, sie kann bei der Zahlung dadurch erfolgen, daß das Gezahlte nicht als Leistung, sondern als Gegenwert für einen so beschränkten Erlaß gelten soll.

III. Der hauptsächlichste Fall derart ist der des kaufmännischen Kontokurrents, § 355 H.G.B. Vgl. S. 155, 219.

IV. Das Erlöschen der Schuld kann durch Verfügung und ohne Verfügung folgen; davon ist bereits gehandelt worden. Der Haupterlöschungsgrund ist die Befriedigung.

2. Befriedigung.

a) Allgemeines.

§ 69.

I. Für jede Befriedigung gelten folgende Grundsätze:

1. Durch Befriedigung einer Gesamtschuld erlischt das Gesamtschuldverhältnis bezüglich sämtlicher Gesamtschuldner, § 422;

2. durch Befriedigung eines Schenkungsversprechens wird die Schenkung gefestigt im Sinn von §§ 529, 2325: jetzt beginnt die zehnjährige Frist; ebenso im Sinne von § 525 (S. 286);

3. wird eine abgetretene Forderung in der Zeit vor Kenntnisnahme des Schuldners erfüllt, so gilt die doppelte Rechtsordnung, vgl. S. 169f.;

4. das Vorhandensein einer Verpflichtung ist für das Befriedigungsgeschäft zwar Voraussetzung, aber nicht Bedingung; daher wirkt das Befriedigungsgeschäft unter allen Umständen vollständig, auch wenn eine Verpflichtung nicht vorhanden ist, nur daß eben eine nicht vorhandene Verpflichtung nicht zerstört wird und daß, weil diese gesetzte Voraussetzung nicht zutrifft, eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt. Wird daher

a) irgend eine Forderung an Erfüllungsstatt gegeben, so geht sie über, und der hierdurch befriedigte Gläubiger ist und bleibt Erwerber, er kann nur verpflichtet sein, die Forderung oder die sonstige Bereicherung zurückzuübertragen;

b) wird zum Zweck der Erfüllung eine Forderung zerstört, so bleibt sie zerstört, und es kann zwar wegen der ungerechtfertigten Bereicherung die Neubegründung der Forderung oder irgend ein Gegenwert beansprucht werden, aber die alte Forderung ist getilgt, und Bürgen und Pfänder sind befreit. Daraus ergibt sich auch von selber, daß die Aufrechnung einer vorhandenen Aufrechnungsforderung gegen eine nicht vorhandene Hauptforderung insofern vollständig wirkt, als dadurch die Aufrechnungsforderung zerstört wird, sodaß die etwaigen Bürgen der Aufrechnungsforderung befreit werden und nur ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den hierdurch befreiten Gegner übrig bleibt: gerade in diesem Falle ist die zerstörende Wirkung sehr begründet, da der Schuldner einer aufgerechneten Forderung alle Gründe hat, seine etwaigen Papiere und Belege wegzuschaffen und es daher völlig verkehrswidrig wäre, wenn die Aufrechnungsforderung in dem alten Zustande bestehen bliebe.

II. Eine solche Befriedigung kann erfolgen

1. durch Erfüllung, unter Umständen durch Erfüllungsversuch,

2. durch Deckungstätigkeit des Gläubigers,

3. durch Einwirkung dritter Umstände.

Für diese verschiedenen Befriedigungsweisen gelten verschiedene Grundsätze.

b) Erfüllung.

α) Allgemeines.

§ 70.

I. Von der Erfüllung gilt Folgendes:

1. Die Erfüllungstätigkeit unterliegt nicht dem Verbote des § 181, wohl aber den Grundsätzen des Organschaftshandelns, § 278.

2. Auch eine deckungsunfähige Forderung (natürliche Verbindlichkeit) kann erfüllt werden; außerdem werden gewisse Nichtigkeiten und Mängel durch Erfüllung geheilt, §§ 313, 518, 766, 343, 655, 762 B.G.B., § 66 BörsenGes. (hier „nach völliger Abwickelung“).

3. Von der bewußten Erfüllung einer Nichtschuld und von der Erfüllung einer unsittlichen Verbindlichkeit gelten die Grundsätze der §§ 814, 817.

4. Die Erfüllung kann, sofern es die Natur der Leistung ermöglicht, auch durch einen Dritten geschehen, eine andere Befriedigung dagegen nur von seiten eines Interventionsbefugten, §§ 268, 1142, 1224.

5. Bezüglich der Teilerfüllung, und der Wahlbefugnis vgl. S. 189, 52.

6. Unter Umständen steht der Erfüllungsversuch der Erfüllung gleich, aber nur in den bestimmten gesetzlichen Fällen (vgl. S. 60, 188, 192).

II. Erfüllung ist die Erledigung eines Schuldverhältnisses durch Vollziehung der geschuldeten Leistung; welche Erledigung das Schuldverhältnis in seinen verschiedensten Beziehungen trifft und daher nicht nur unter den Parteien, sondern auch gegenüber Dritten wirkt; daher kann sie, wenn einmal erfolgt, nicht beliebig zurückgenommen werden, § 362.

III. Erfüllung ist eine neutrale Handlung, die daher auch durch einen Geschäftsunfähigen erfolgen kann, sofern nicht die Erfüllungshandlung selbst wiederum in einer Rechtshandlung besteht, die natürlich einem Geschäftsunfähigen nicht zukommt; besteht daher die Erfüllungsleistung in Diensten,

also in irgend einer körperlichen oder unkörperlichen Betätigung, dann kann auch der Geschäftsunfähige sie vornehmen; handelt es sich aber beispielsweise um Geldübertragungen, dann kann der Geschäftsunfähige sie nicht vollziehen; nicht deshalb, weil solches Erfüllung ist, sondern deshalb, weil ihm die Eigentumsübertragung unmöglich ist. In welcher Weise die Verfügung des Gläubigers mit einspielt, ist oben (S. 176) erwähnt worden.

IV. Wohl aber gehört die Erfüllung zu denjenigen neutralen Handlungen, die durch den eintretenden menschlichen Willen eine besondere Gestaltung erfahren können (latente Rechtshandlungen, oben I S. 580, 581); so

1. wenn der Schuldner bestimmt, daß die Leistung nicht Erfüllungs-, sondern Realschenkungscharakter haben solle, z. B. jemand, der eine Leistung übernommen hat und sie vollzieht, erklärt dabei, daß solches nicht Erfüllung des Vertrages sein solle, sondern Schenkung: die Forderung ist in diesem Falle nicht erfüllt; dies vor allem dann nicht, wenn die Leistung keine einzigartige ist, sondern Gattungscharakter hat, wenn beispielsweise der Barbier jemanden mit dem Bemerken bedient, daß die Leistung diesmal umsonst sei und nicht in das Abonnement eingerechnet werden solle; ist die Leistung dagegen eine einzigartige, dann bewirkt der Leistende ein Ergebnis, das er erfüllungsweise bewirken sollte, schenkweise, und es treten die entsprechenden Folgen ein (S. 220);

2. so ferner, wenn ein Nichtschuldner die Leistung bewirkt. Während beim Schuldner sich die Beziehung zwischen dem Handeln und dem zu erledigenden Schuldverhältnis von selbst ergibt, ergibt sie sich beim Dritten erst durch eine dahingehende Erklärung: hier handelt es sich um die Lösung der Ungewißheit über den wirtschaftlichen Charakter der Leistung.

3. Aber auch bezüglich des Schuldners kann eine wirtschaftliche Ungewißheit vorliegen, wenn nämlich dem Schuldner gleichartige Verpflichtungen obliegen und die Leistung auf die eine oder andere passen kann, was namentlich bei Geldschulden vorkommt, wo die Zahlung von Geld ebensogut die eine wie die andere Geldschuld zu tilgen vermag. Wenn in diesem Falle die Erfüllung sich ohne rechtsgeschäftliche Erklärung vollzieht, d. h. durch einfache Übergabe, dann wird das Erfüllungsergebnis durch das Gesetz einer bestimmten Schuld

zugewandt; das Gesetz läßt keine Ungewißheit zu: eine der verschiedenen Schulden gilt als erfüllt, und zwar wird dies nach den Eigenschaften der Schulden bestimmt: zuerst kommt die fällige Schuld, dann die, welche geringere Sicherheit bietet,[1]) dann die lästigere, dann die ältere, schließlich gilt verhältnismäßige Tilgung sämtlicher Schulden; und dabei besteht noch der Satz, daß, wenn Zinsen und Kosten neben der Hauptleistung geschuldet werden, die Zahlung zuerst auf diese angerechnet wird, §§ 366, 367.

Hier kann nun der Schuldner durch Rechtshandlung den Erfolg ablenken, indem er erklärt, daß die Erfüllung nicht nach der gesetzlichen Zuteilung, sondern in einer anderen Weise erfolgen solle. Diese Erklärung findet allerdings nach einer Richtung hin ein Hemmnis, was nämlich die Nebenleistungen betrifft (oben S. 115): der Schuldner ist nicht in der Lage, einseitig zu bestimmen, daß, wenn Zinsen und Kosten neben der Hauptleistung geschuldet werden, die Zahlung auf die Hauptleistung fallen soll, unter Außerachtlassung der Nebenleistungen, so § 367. Abgesehen davon, steht ihm jede Bestimmung zu.

Eine solche Bestimmung ist, wie bereits I S. 581 erwähnt, Rechtshandlung und unterliegt den Grundsätzen der Rechtshandlungen. Sie kann angefochten werden und gilt, wenn sie mit Erfolg angefochten ist, als nichtig. Sie ist unwiderruflich; sie geschieht durch ankunftsbedürftige Erklärung. An ihre Stelle kann aber auch eine anderwärtige betätigte Willensrichtung (stillschweigende Erklärung) treten.[2])

Die Erklärung muß aber mit der Erfüllung unmittelbar verbunden werden; der Schuldner ist, nachdem die Erfüllung kraft Gesetzes ihre Wirkung vollbracht hat, nicht in der Lage, diese Wirkung nachträglich aufzuheben, auch nicht mit Willen des Gläubigers (S. 185). — Vgl. noch über die Erfüllungsvoraussetzungen I S. 571.

---

[1]) Für die Sicherheit ist auch die Beitreiblichkeit wesentlich; so ist eine Wechselschuld sicherer als eine sonstige Handschriftschuld, O.L.G. Marienwerder, Recht VIII S. 552.

[2]) So ist anzunehmen, daß, wenn die eine Forderung bereits betrieben wird, eine erfolgte Zahlung diese trifft, R.G. 18. Dez. 1908, J. W. XXXIII S. 68.

V. Die Erfüllung erfolgt durch Leistung des Geschuldeten, sie erfolgt nicht durch Leistung von etwas anderem; wenigstens kann der Gläubiger etwas anderes zurückweisen.[1]) Daher braucht

1. der Gläubiger die Leistung eines Dritten nicht als Erfüllung anzunehmen, wenn sie eine andersgeartete Leistung ist. Eine andersgeartete Leistung liegt aber überall da vor, wo der Leistungsinhalt, als ein höchst persönlicher, mit der Eigenart des Schuldners zusammenhängt, sodaß, wenn ein anderer leistet, dieser eigenartige „Typus", diese eigenartige „Marke" fehlt. Davon ist bereits oben (S. 45) gehandelt worden.

Sodann erfolgt

2. die Erfüllung nicht durch bloße Anweisung: auch hier tritt die Erfüllung erst mit der Leistung von seiten des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger ein, nicht schon mit dem Augenblick, wo der Angewiesene dem Anweisungsempfänger gegenüber sich zur Leistung verpflichtet.

Die Erfüllung muß

3. vollständig sein

a) in dem Sinn, daß die Leistung zu Ende geführt wird; nur ausnahmsweise wird ein Leistungsversuch der Leistung gleich behandelt, nämlich bei der Hinterlegung mit Rücknahmeverzicht und bei der Leistung an den Leistungsempfänger von Inhaberschuldbriefen (S. 60, 192);

b) in dem Sinn, daß die Leistung ohne Bedingung und Vorbehalt geschieht: Leistungen unter Vorbehalt und Sonderbedingungen kann der Gläubiger ohne Gläubigerverzug zurückweisen; weshalb er insbesondere die Leistung eines Dritten

---

[1]) So braucht namentlich statt Geld kein anderer Sachwert angenommen zu werden, nicht einmal Banknoten, vgl. § 2 BankGes. Eine Besonderheit enthält § 118 Abs. 2 Z.V.G. In früheren Zeiten der Entwicklung ist es vielfach anders gewesen: man mußte Sachen statt Geld nehmen; die Wirtschaft wäre sonst nicht ausgekommen, Encykl. I, S. 669. Namentlich findet sich die Verpflichtung, Staatsschuldscheine statt Geld anzunehmen, schon im Mittelalter; so Stadtrecht Como 1250, Art. 278 f., Novocomi 1278, Art. 360, Mon. hist. patr. XVI S. 102 f., 223 f. Besonders strenge Bestimmungen über Barzahlungen gelten in § 195 Abs. 3 H.G.B. (vgl. § 318 Z. 1 H.G.B.) und hierzu R.G. I Straf-Sen. 14. Novb. 1904 Arch. f. StrafR. 52 S. 88; vgl. auch § 186 HGB.

mit Vinkulation, d. h. unter Vorbehalt der Übernahme einer Gegenverbindlichkeit, nicht anzunehmen braucht;[1])

c) in dem Sinn, daß der Leistungsinhalt vollständig erschöpft, daß alles zugleich geleistet wird, dies auch dann, wenn das Leistungsobjekt teilbar ist; denn der Gläubiger kann es sich verbitten, daß eine einheitliche Leistung in mehrere Teile zerlegt wird, § 266. Eine Teilleistung liegt aber natürlich nur dann vor, wenn der Schuldner nur einen Teil dessen leistet, was er in der betreffenden Zeit zu leisten hat, nicht aber dann, wenn die Leistung bestimmungsgemäß in zeitliche Teile zerlegt ist und der Schuldner jeweils dasjenige leistet, was im Augenblick geschuldet wird.[2])

VI. Der Gläubiger kann der Erfüllungsleistung eine andere gleichwerten (oben S. 49). Eine solche Gleichstellung für die künftige Zeit ist

1. nur innerhalb des Kreises möglich, in welchem überhaupt Rechtsgeschäfte sich bewegen können (S. 92, 157 und I, S. 503);

2. jedenfalls nur innerhalb des den Parteien zustehenden Geschäftskreises: es ist unstatthaft, zum voraus für das Erfüllungsgeschäft Bestimmungen zu treffen, die sein Verhältnis zum anderen Vermögen berühren; z. B. ist es ausgeschlossen, eine Anrechnungsbestimmung für den Fall einer Leistung zum voraus festzusetzen, wodurch auch die Stellung der Bürgen und Pfänder beeinflußt würde; höchstens kann in dieser Beziehung eine Schuldverpflichtung übernommen werden.

3. Solche Bestimmungen über Erfüllung können auch in gestreckten Verträgen getroffen werden, durch Erklärung an die Volksgesamtheit, in welchem Fall die Bestimmung

a) durch künftigen Schuldvertrag angenommen und dadurch zum Teil eines Vertrags erhoben werden kann; sie kann aber auch

b) durch Leistung (ähnlich der Auslobung) angenommen werden, so wenn z. B. ein Kaufmann erklärt, fremdes Geld zu bestimmtem Kurse berechnen zu wollen; und zwar gilt dies auch bezüglich der bereits bestehenden Schuldverhältnisse.

---

[1]) Nimmt er die Vinkulation an, so kann darin ein neuer Vertrag mit dem Dritten liegen; R.G. 31. März 1903, Entsch. 54, S. 213.

[2]) Vgl. R.G. 7. Nov. 1903, J. W. XXXII, Beil. Nr. 303.

VII. Ein Vertrag, worin der Gläubiger eine andersgeartete Leistung als Erfüllung annehmen zu wollen erklärt, heißt Erfüllungsvertrag. Er ist eine Art des Tauschvertrags und folgt den Regeln dieses; allerdings wird hier nicht eine Leistung gegen die andere vertauscht, aber es wird eine Leistung an die Stelle einer anderen eingeschoben und sie übernimmt die Aufgabe dieser.[1]) Er kann darum auch als Realvertrag erfolgen, insofern als ohne weitere vorhergehende Verpflichtung das Andersgeartete als Erfüllung angeboten und angenommen wird, § 364. Natürlich kann auch der Erfüllungsvertrag nichtig oder anfechtbar sein, und auf solche Weise kann es vorkommen, daß die Tauschfunktion nicht stattfindet und infolgedessen die Ersetzung der einen Leistung durch die andere nicht erfolgt, daß also die Erfüllungswirkung nicht eintritt und die Verbindlichkeit bestehen bleibt. Ist dagegen der Tausch durch Leistung und Annahme gültig verwirklicht worden, dann ist die Tauschwirkung eingetreten und die Verbindlichkeit ist erloschen, und sie bleibt erloschen, wenn auch Mängel im Recht oder in der Sache vorliegen, welche zu einer dem Tauschgeschäft entsprechenden Gegenwirkung führen: Wandelung, Minderung, Rücktritt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung, § 365: solche Gegenhandlungen bewirken nur Beziehungen unter den Parteien und heben den Bestand der Erfüllung nicht auf: Bürgen und Pfänder bleiben frei; und erfolgt der Erfüllungsvertrag mit einem Dritten, so vollzieht sich die Ausgleichung mit diesem: dieser hat für die getilgte Forderung einen Gleichwert zu bieten.

VIII. Die Erfüllungswirkung der Leistung an Erfüllungstatt ist eine vollständige, was die obigen Punkte I 2 und 3 (S. 185) betrifft; nur nicht was Punkt 1 angeht, da der Vertreter mit sich kein Erfüllungsgeschäft abschließen kann.

Doch gilt das Gesagte nur dann, wenn die Leistung an Erfüllungsstatt eine Gegenstandsleistung ist, wozu auch die For-

---

[1]) Eine Art von Erfüllungsvertrag und eine Hauptart ist der Vertrag, wonach Aktionäre die Befugnis oder auch die Verpflichtung haben, das, was sie an Geld in die Aktiengesellschaft einwerfen sollten, in Gestalt von Sachleistungen einzulegen, § 186 H.G.B. Hierfür gelten besondere Grundsätze, die im Aktienrecht darzustellen sind.

derungsübertragung gehört[1]) (S. 5f.); es gilt nicht, wenn sie eine Leistung durch Übernahme einer anderweitigen Verpflichtung ist, sei es nun einer Zahlungspflicht oder der Pflicht, Dienste zu leisten; denn der Grund der Änderung der Rechtslage besteht darin, daß an Stelle der schwebenden Verpflichtung der feste Gegenstand tritt, was nicht der Fall ist, wenn die Erfüllung sich in eine neue Leistungspflicht hineinwälzt. Daher wird die Unwirksamkeit der Spielschuld nicht dadurch gedeckt, daß die Parteien an Leistungsstatt eine neue Schuld vereinbaren,[2]) und ebensowenig kann im Fall des § 518 und 766 die Bestimmung über die Geschäftsform dadurch umgangen werden, daß das Geschäft im nämlichen Augenblick durch Übernahme einer neuen Verbindlichkeit erfüllt wird. Noch weniger gilt dies, wenn die neue Verpflichtung nicht an Erfüllungsstatt, sondern nur erfüllungshalber, d. h. zur Erleichterung der Realerfüllung erfolgt; dies ist aber die Regel, § 364: regelmäßig vermittelt sie, erfüllt sie nicht. Vgl. Anhang.

β) Erfüllung durch Hinterlegung.

§ 71.

I. Erfüllungshandlung ist die Hinterlegung. Sie findet bei gewissen Sachleistungen statt:

1. im Fall des Gläubigerverzugs,

2. im Fall subjektiver Ungewißheit über die Person des Gläubigers, sofern diese Ungewißheit eine unverschuldete ist; eine Ungewißheit sei es über die Person überhaupt, sei es über den Grad ihrer Schuldbeteiligung[3]), §§ 372f., 660, A. 145,

3. in anderen Fällen, wo die Leistung ein Hindernis findet: hier kann die Hinterlegung verlangt werden; so

a) bei unteilbaren (ungeteilten) Schuldverhältnissen, §§ 432, 2039, vgl. S. 154,

---

[1]) So beim Girovertrag, natürlich nach Maßgabe der Vereinbarung, O.L.G. Hamburg 15. Mai 1903, Mugdan VII S. 18. Vgl. im übrigen Silberschmidt in Monatsschrift f. Handelsrecht XIV, S. 173.

[2]) R.G. 28. Mai 1902, 3. Okt. 1903, 23. Dez. 1903, Entsch. 51 S. 357, Monatsschrift f. Handelsr. XIII S. 27, 131.

[3]) Oberst. L.G. München, 24. Nov. 1902, Seuffert 58 Nr. 116, R.G. 23. Sept. 1904, J. W. XXXIII S. 550.

b) bei Beteiligung mehrerer an einem Schuldverhältnis, §§ 1077, 1281,

c) zur Sicherung der Rechte des Faustpfandbestellers, § 1217, und ähnlich nach §§ 1052, 2128,

d) bei der Vorauszahlung von Unterhaltbeiträgen, § 1716,

e) wenn eine Forderung beschlagnahmt ist, denn das gerichtliche Verbot der Leistung, § 829, Z.P.O. läßt die Hinterlegung unberührt; diese bleibt möglich und kann verlangt werden.

II. Die Hinterlegung in unserem Sinn ist wohl zu unterscheiden von der Hinterlegung ins Pfandrecht des Gläubigers, von welcher in der Z.P.O. so oft die Rede ist, §§ 713, 720, 805, 815, 827, 853, 855, 858, 923 u. a.

III. Die Hinterlegung steht dem Schuldner zu; einem Dritten nur, wenn er Interventionsbefugnis hat (S. 207f.).

IV. Sie führt zur Befriedigung durch Erfüllung oder durch Erfüllungsversuch: durch Erfüllung kraft Annahme der hinterlegten Sache durch den Gläubiger und durch Erfüllungsversuch ohne solche; nämlich:

1. Die Hinterlegung ist eine Darbietung der Sache von seiten des Leistenden an den Gläubiger, damit er die Sache annimmt und dadurch die Erfüllungstätigkeit beendigt[1]): die Übernahme der Sache gibt dem Gläubiger Besitz, sie bietet ihm, wenn es sich um Übereignung handelt, Eigentum; denn die Hinterlegung enthält das Einverständnis zur Übereignung. Bei einer Mehrheit von Gesamtgläubigern kann die Hinterlegung auch an sämtliche Gläubiger in der Art geschehen, daß sie zu Gunsten des Erstergreifenden wirkt (S. 154). Die Hinterlegung soll daher am Erfüllungs-(Leistungs)-, nicht am Ablieferungs- (Bestimmungs)-Orte erfolgen (S. 46) und wo tunlich dem Gläubiger unverzüglich angezeigt werden § 374.

2. Der Hinterlegende verliert den mittelbaren Besitz mit der Besitzergreifung des Gläubigers, er verliert ihn auch schon vorher, nämlich wenn er auf die Rücknahme verzichtet: in diesem Falle wird die Hinterlegungsstelle, d. h. die juristische Person, von der sie ausgeht, Besitzerin, sie wird es, bis sie sich des Besitzes begibt. Das Hinterlegungswesen kann übrigens landesgesetzlich nach Art der Wertverwahrung umgestaltet

---

[1]) Darbietung mit Beifügung der für die Gläubigerannahme nötigen Erklärungen, § 380.

werden, so jedenfalls in Bezug auf Geld, auch in Bezug auf Wertpapiere, in der Art, daß nicht die Sache, sondern der Wert hinterlegt wird und der Gläubiger lediglich ein Forderungsrecht auf den Wert erlangt, A. 145.[1])

3. Die Befriedigung erfolgt durch die auf solche Weise vollendete Erfüllung, sobald die Hinterlegung eine Hinterlegung ohne Rücknahmeverzicht ist; hierbei entsteht in der Zwischenzeit eine Rechtslage zu Gunsten des Gläubigers, die durch Rücknahmeerklärung des Schuldners gebrochen werden kann: diese Rücknahmeerklärung stellt eine Ausübung des Persönlichkeitsrechts des Schuldners dar, des Persönlichkeitsrechts, welches die Befugnis gibt, über die Art der Erfüllung und ihre Vorbereitung Bestimmung zu treffen; weshalb

a) die Gläubiger des Schuldners davon keinen Gebrauch machen und die Rücknahme nicht erklären können, weder im Konkurs noch außerhalb des Konkurses, § 377, und weshalb

b) die durch den Konkurs eintretende Minderung des Persönlichkeitsrechts des Schuldners auch die Befugnis mindert, die Rechtslage des Gläubigers zu verschieben und die Rücknahme auszusprechen; der Schuldner ist daher während des Konkurses zur Rücknahme nicht befugt, § 377.[2])

Diese Rechtslage besteht darin, daß der Gläubiger durch Annahme des Hinterlegten sofort Befriedigung erlangen kann; er kann dies durch einfache Erklärung an die Hinterlegungsstelle (§ 376 Z. 2); woraus sich ergibt, daß, solange diese Rechtslage besteht, der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner (im übrigen) deckungsunfähig wird (S. 207).

Wird die Rechtslage durch Rücknahmeerklärung des Schuldners gebrochen, so hört die Annahmebefugnis des Gläubigers auf, und sein Anspruch wird wieder in vollem Maße deckungsfähig, § 379.

4. Die Hinterlegung mit (gleichzeitigem oder späterem, an die Hinterlegungsstelle geäußertem) Rücknahmeverzicht (§ 376) bringt dem Gläubiger gleichfalls die Annahmelage, aber

[1]) Vgl. Preuß. HinterlegungsO. 14. März 1879 (a. 84 Preuß. Ausf. Ges.) § 7 (bezüglich des Geldes). Eine weitere Erleichterung liegt in § 375.

[2]) Über die sich hieraus ergebenden Folgerungen vgl. Zwölf Studien zum B.G.B. I S. 182 f. Für den Fall, daß der Schuldner eine Rücknahmeerklärung abgeben wird, können die Gläubiger die Rücknahmeforderung beschlagnahmen, ebenda S. 185.

in einer vom Schuldner völlig unabhängigen Weise; eine solche Hinterlegung hat eine gesteigerte Wirkung: sie ist ein Leistungsversuch, der in seiner Wirkung der Leistung gleich steht, § 378.[1])

In anderen Fällen steht die bloße Hinterlegung als Leistungsversuch nur dann der Leistung gleich, wenn sie durch rechtskräftiges Urteil für rechtmäßig erklärt und das Urteil der Hinterlegungsstelle vorgezeigt wird (§ 376), oder wenn 30 Jahre seit der Hinterlegung (oder vielmehr seit der Anzeige der erfolgten Hinterlegung an den Gläubiger) verstrichen sind, § 382.

5. Nach Ablauf von 30 Jahren von der Hinterlegungsanzeige ist also der Schuldner jedenfalls befreit; nach Ablauf dieser Zeit hört aber auch die Annahmebefugnis des Gläubigers auf; die Darbietung des Schuldners ist nunmehr zwecklos: der Schuldner hat ein Rückforderungsrecht, sofern nicht landesgesetzlich der Verfall zu Gunsten des Staats oder der Hinterlegungsanstalt bestimmt ist, § 382, A. 145; dieses nunmehrige Rückforderungsrecht ist ein Rückforderungsrecht wegen fortgefallenen Grundes.

§ 72.

I. Die unmittelbare Hinterlegung kann nur in beschränktem Maße dem Bedürfnis genügen, da nach Reichsrecht nur Geld, Wertpapiere, Kostbarkeiten, Urkunden (im weiteren Sinne, also Akten aller Art, Handschriften) zu hinterlegen sind, für andere bewegliche Sachen nur landesgesetzlich gesorgt werden kann; Privathinterlegung aber befreit den Schuldner nicht.[2])

II. In wenigen Fällen ist auch reichsrechtlich für eine Hinterlegung anderer Sachen gesorgt:

1. so bei unteilbaren und Gesamtleistungen (gerichtlich zu bestellender Verwahrer), §§ 432, 2039 B.G.B.;

---

[1]) Damit ist allein die Möglichkeit gegeben, daß der Schuldner ohne den Gläubiger endgültig befreit wird. Der Gedanke ist s. Zt. von mir (Jahrb. f. Dogmatik XVII S. 349f.) aufgestellt worden und hat von da aus die Aufnahme ins B.G.B. gefunden. Der Rücknahmeverzicht ist eine persönliche Befugnis des Schuldners, die auch im Konkurs ausgeübt werden kann, Zwölf Studien S. 184; sie steht aber auch dem Konkursverwalter kraft des Beschlagsrechts zu, ib. S. 185.

[2]) Ein schwerer Fehler des Gesetzes; anders das Handelsrecht, § 373 H.G.B. Warum ist es im bürgerlichen Recht nicht statthaft, Waren in Lagerhäusern unterzubringen?

2. bei einer Beteiligung mehrerer an einem Schuldverhältnis, § 1281,

3. zur Sicherung der Rechte des Pfandbestellers beim Faustpfand, § 1217, und in ähnlicher Weise beim Nießbrauch, der Vorerbschaft und den damit verbundenen schuldrechtlichen Beziehungen, §§ 1052, 2128.

III. Sonst ist unter Umständen bei beweglichen Sachen die Möglichkeit gegeben, die Hinterlegung mittelbar dadurch zu bewirken, daß die Sache in Geld umgesetzt wird: dies kann im Fall des Gläubigerverzugs, nicht in anderen Hinterlegungsfällen (außer bei Verderb oder übermäßigem Kostenaufwand) durch Selbsthilfeverkauf geschehen, durch Selbsthilfeverkauf im Wege der öffentlichen Versteigerung (durch einen Gerichtsvollzieher oder Versteigerungsbeamten oder Versteigerungsangestellten, nach öffentlicher Bekanntmachung) oder auf dem Wege des Privatverkaufs, falls die Sache einen Markt- oder Börsenpreis hat, (durch einen Kursmakler[1]) oder einen sonst landesgesetzlich ermächtigten Makler oder eine der soeben bezeichneten Versteigerungspersonen) auf Kosten des Gläubigers am Leistungs- (nicht Bestimmungs-)ort oder allenfalls an einem anderen geeigneten Ort; dieser Verkauf soll in beiden Fällen, wo tunlich erst nach erfolgter Androhung und unter unverzüglicher Benachrichtigung geschehen, er soll geschehen unter sachgemäßen, nicht unter außergewöhnlichen, den Preis herabdrückenden Bedingungen, §§ 383—386.[2]) Das dadurch erlangte Geld gelangt ins Eigentum des Schuldners (§ 1247 findet keine Anwendung — er paßt nur für Pfandverkauf —); sofern es nicht mit Gegenforderungen ausgeglichen wird, ist es in gesetzlicher Weise zu hinterlegen.

IV. Der Selbsthilfeverkauf steht dem Schuldner und nur dem Schuldner, nie einem Dritten zu. Er bedarf keiner dinglichen Rechtfertigung, wenn es sich um die eigene, dem Gläubiger zu übereignende Sache des Schuldners handelt. Handelt es sich um eine dem Gläubiger gehörige, ihm zurückzugebende Sache oder gar um die Sache eines Dritten, dann hat der Verkauf den Charakter einer Geschäftsbesorgung kraft

---

[1]) Vgl. § 34 Börsenges., A. 14 E.G. zum H.G.B., Kammergericht 12. Mai 1902, Mugdan VI S. 89.

[2]) Vgl. auch O.L.G. Darmstadt 21. März 1902 Jur.-Z. VIII S. 408

gesetzlicher Ermächtigung mit Rücksicht darauf, daß der Verkauf immerhin zuträglicher ist als die Aussetzung der Sache, aus welcher der Selbsthilfeverkauf hervorgegangen ist. Vgl. darüber oben S. 119.

γ) Erfüllung durch vertragsmäßige Aufrechnung.

§ 73.

Den Charakter der Erfüllung hat auch die vertragsmäßige (aber auch nur die vertragsmäßige) Aufrechnung; denn diese gilt als Zahlung und Rückzahlung,[1]) weshalb in solchem Falle die §§ 762, 766, 518, 343, 655, 313 zutreffen.[2]) Diese steht vollkommen unter dem Zeichen des Vertrags und kann vertragsmäßig beliebig gestaltet werden, weshalb auch eine mit Einreden belastete Forderung zur Aufrechnung gebracht werden kann, weshalb die Aufrechnung unter einer Bedingung und Befristung statthaft ist, und überhaupt die Beschränkungen der einseitigen Aufrechnung nicht gelten,[3]) sofern sie nicht, wie § 394, aus sozialen Gründen zwingenden Rechts sind.[4]) Vgl. S. 212, 542.

δ) Mitwirkung des Gläubigers.

§ 74.

I. In vielen Fällen kann die zu bewirkende Leistung ohne jedes Zutun des Gläubigers erfolgen; solches gilt insbesondere von Unterlassungsverpflichtungen. In vielen anderen Fällen führt der Lebensverkehr dahin, daß ohne Mitwirkung des Gläubigers ein Vollzug der Leistung ausgeschlossen ist: der Gläubiger muß dem Schuldner die Pforten seines Vermögens eröffnen, damit der Schuldner einwirken kann. Handelt es sich um eine Leistung an einen Dritten, so ist es der Dritte, dessen Mitwirkung in Betracht kommt: er ist künftig unter Gläubiger mitverstanden. Vgl. S. 198.

---

[1]) Daß man dies auch bei anderen Arten der Aufrechnung angenommen hat, ist ein veralteter Irrtum.

[2]) Vgl. R.G. 28. Okt. 1903 Monatschr. f. Aktienrecht XIII S. 74.

[3]) O.L.G. Celle 3. Nov. 1902 Mugdan VI S. 191.

[4]) Daher darf auch bei der Aktiengründung die Bestimmung des § 186 H.G.B. nicht durch Vertragsaufrechnung umgangen werden, R.G. 27. Juni 1903 Recht VII S. 434; ebenso § 195 H.G.B. (S. 188).

II. Tut er es nicht, so ergeben sich Mißlichkeiten, die das Recht überwinden muß.

Man sprach hier von Annahmeverzug (mora accipiendi), ein Ausdruck, der vielfach irreführte,

1. als ob dies eine Rechtsähnlichkeit böte zum Leistungsverzug,

2. als ob es sich hier stets um die Nichtannahme eines zur Übertragung angebotenen Gegenstandes handelte.

Diese beiden Irrtümer habe ich s. Z. zerstört.[1] Man spricht jetzt richtiger von Gläubigerverzug, § 293.

III. Der große Unterschied zwischen Gläubiger- und Schuldnerverzug zeigt sich nicht nur in dem ganzen Aufbau, sondern auch darin: die Bestimmungen über Leistungsverzug sind nachgiebigen Rechts, außer soweit es sich um vorsätzliche Verletzungen handelt, die Bestimmungen über Gläubigerverzug sind zwingenden Rechts, insofern als die Lage des Schuldners zwar erleichtert, dagegen nur insoweit erschwert werden kann, als die Gestaltung des Schuldrechts dazu die Möglichkeit bietet, was bei den verschiedenen Vertragsformen verschieden ist, jedenfalls aber, was den Dienst- und Werkvertrag betrifft, nicht dahin führen kann, den Arbeiter rechtlos zu machen.

IV. Gläubigerverzug setzt voraus, daß in den Verhältnissen des Gläubigers (durch sein Zutun oder ohne dieses) Umstände eintreten, welche die regelrechte Erfüllung verhindern. Gläubigerverzug liegt daher nicht vor, wenn keine derartigen objektiven Hemmnisse stattfinden, sondern der Schuldner sich lediglich in einer subjektiven Ungewißheit befindet, wie und wo er zu leisten hat, wenn also beispielsweise die Person des Gläubigers zweifelhaft ist. Hier kann nur dann von einem Gläubigerverzug die Rede sein, wenn nach regelrechter Entwicklung der Verhältnisse von dem Gläubiger Veranstaltungen erwartet werden, welche die Ungewißheit lösen. Doch hat die Rechtsordnung sich auch in solchem Falle veranlaßt gesehen, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen und, wenn es sich um eine Gegenstandsschuld handelt, die Möglichkeit der Hinterlegung, unter Umständen auch der Versteigerung und des Selbsthilfeverkaufs, gegeben, §§ 372, 383. Aber auch in anderen

[1]) Jahrb. f. Dogmat. XVII S. 261 f.

Beziehungen muß die Sache so behandelt werden wie beim Gläubigerverzug, so z. B., wenn ein Dienstleistender, der in Abwesenheit einen Vertrag abgeschlossen hat, trotz seiner Bemühungen die Person nicht findet, der er die Dienste zu leisten hat, sofern nur die subjektive Ungewißheit eine schuldlose ist: die Dienste gelten als geleistet.

Der Gläubigerverzug setzt natürlich kein Verschulden voraus; denn nicht darum handelt es sich, daß der Gläubiger eine Verbindlichkeit nicht erfüllt, sondern darum, daß auf Seite des Gläubigers Umstände eintreten, welche die Erfüllungsbefugnis des Schuldners hindern. Der Glaube an die Notwendigkeit eines Gläubigerverschuldens war ein schwerer Irrtum der Pandektenjurisprudenz, den ich s. Zt. zerstört habe;[1]) das B.G.B. hat ihn nicht mehr.

Daher kommt auch bei Leistungen an einen Dritten der Dritte, nicht der Gläubiger, in Betracht (oben S. 196).

V. Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Mitwirkung nicht bietet, sobald sie zur regelrechten Erfüllung erforderlich ist und der Gläubigerseite füglich zugemutet werden kann.[2]) Daher muß natürlich, wenn der Schuldner mit der Leistung den Anfang zu machen hat, zunächst dieser Anfang erfolgen: die Leistung muß angeboten werden, § 294, welches Angebot in einer den Verhältnissen des Lebens entsprechenden Weise erfolgen muß, also an Zeit und Ort, an welchen die Mitwirkung des Gläubigers nach den Umständen zu erwarten steht, § 299.[3]) Doch gilt dies nur dann, wenn ein solches Angebot vernunftgemäß ist, also nicht, wenn der Gläubiger die Mitwirkung zum Voraus abgelehnt hat, in welchem Falle die Angebotshandlung eine bedeutungsloses Spiel wäre. Hat der Gläubiger mit der Tätigkeit anzufangen, so tritt grundsätzlich Verzug ein, wenn er diesen Anfang nicht macht.

Doch hat man folgende Milderungen festgesetzt: trotz der Vorausablehnung soll der Schuldner sich mindestens wört-

---

[1]) Jahrb. f. Dogmat. XVII S. 261 f. Vgl. jetzt auch Bechmann, Kauf III S. 144 f.

[2]) Daher nicht, wenn er sich einer Schuldanfechtung (§ 30 K.O.) aussetzen würde; nicht im Fall von S. 44 f.

[3]) Häufig bringen es die Lebensverhältnisse mit sich, daß der Schuldner dem Gläubiger einige Zeit vorher eine Ankündigung schicken muß, damit er sich zur Empfangnahme bereit halten kann. Vgl. auch S. 53.

lich zur Leistung bereit erklären; trotzdem der Gläubiger den Anfang machen muß, soll ihn der Schuldner zu diesem Anfang noch besonders auffordern oder sich doch zur Leistung wörtlich erbieten, § 295.

Das Angebot der Leistung, das tatsächliche und das wörtliche, ist nicht Rechtshandlung, sondern Erfüllungsvorbereitung, denn es handelt sich um nichts anderes als um das Bereitstellen zur Erfüllung (§ 297), was ebensowenig wie die Erfüllung ein Rechtsgeschäft ist; und auch die ebengenannte Aufforderung an den Gläubiger zur Vornahme der Mitwirkungshandlung ist nichts anderes als eine besondere Art der Erfüllungsbereitschaft: daher treten die Folgen ein ohne Rücksicht auf die Geschäftsfähigkeit des Auffordernden, sofern nur ohne Geschäftsfähigkeit eine Erfüllung und darum auch eine Erfüllungsbereitschaft möglich ist; und ist das Angebot untunlich, so tritt der Gläubigerverzug ohnedies ein: von einer Anwendung des § 132 kann nicht die Rede sein.

VI. Der Gläubigerverzug tritt von selbst ein auch ohne jede Aufforderung und Bereitschaftserklärung,

1. wenn die Zeit der Gläubigerhandlung unmittelbar oder mittelbar (kraft Kündigung) kalendermäßig bestimmt ist, § 296;

2. wenn der Gläubiger nicht nur seine Tätigkeit unterläßt, sondern auch die Erfüllungstätigkeit des Schuldners hindert, § 324, wie dies alsbald (S. 201) noch näher auszuführen ist; so z. B., wenn jemand den Dienstleistenden entläßt und es ihm dadurch unmöglich macht, seine Dienste fortzusetzen: dieser braucht nicht vor der Tür zu warten, bis es dem Gläubiger wieder gefällig wird, ihn anzunehmen; er braucht ihm auch nicht zu diesem Zwecke seine Dienste nochmals anzubieten.[1]) Anders wenn der Dienstberechtigte die Entlassungserklärung zurücknimmt; doch hat die Rücknahme nur insofern Bedeutung, als nicht unterdessen ein endgültiger Wandel eingetreten ist, d. h. der Dienstpflichtige sich anders gebunden hat.[2])

---

[1]) Vgl. O.L.G. Marienwerder, 8. April 1902, Mugdan V, S. 32, O.L.G. Darmstadt 24. Dezember 1902 Z. franz. Z.R. XXXIV S. 877; O.L.G. Kiel, 9. November 1903, Seuffert 59, Nr. 91; völlig verkehrt Kammergericht 21. September 1903, Mugdan VII, S. 472.

[2]) Über diese wichtige Frage vgl. zahlreiche Gewerbegerichts-Entscheidungen, s. bei Warneyer B.G.B. zu § 615.

VII. Bei gegenseitigen Schuldverhältnissen liegt ein Gläubigerverzug auch dann vor, wenn der Gläubiger seine Gegenleistung nicht bewirkt und sich daher nicht in die Lage setzt, die Leistung des anderen so anzunehmen, wie sie überhaupt gemacht zu werden braucht, nämlich gegen Bewirkung der Gegenleistung, § 298, vgl. auch § 373.

Dies ist in zwei Fällen von großer praktischer Bedeutung:

1. wenn der Gläubiger mit seiner Gegenleistung nicht im Leistungsverzug ist, weil er etwa in entschuldbarem Irrtum glaubt, nicht verpflichtet zu sein;

2. wenn der Fall des § 321 vorliegt, indem der zur Vorleistung verpflichtete Schuldner wegen Vermögensverschlechterung des Gegners auf solange ein Zurückhaltungsrecht hat, bis von der Gläubigerseite sofortige Gegenleistung oder Sicherstellung geboten wird: der Schuldner ist hier befugt, seine Leistung gegen Bewirkung der Gegenleistung oder gegen Sicherheit anzubieten; entspricht dem der Gläubiger nicht, so ist er nicht im Schuldnerverzug, aber im Gläubigerverzug, und der Schuldner hat die daraus entspringenden Rechte.[1])

VIII. Schon der Gläubigerverzug an sich schafft dem Schuldner gewisse Erleichterungen:

1. bei Geldverpflichtungen hört der Zinsenlauf auf, § 301, für sonstige Nutzungen gilt § 302;

2. der Schuldner braucht sich nicht mehr um den Gegenstand zu kümmern, er haftet daher nicht mehr, außer sofern er sich ihm gegenüber als unvernünftig oder feindselig erweist, d. h. nur noch für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit; er haftet nicht mehr für den Zufall, wenn er bisher dafür zu haften hatte, wenn er nämlich die Gattungsleistung durch seine Leistungstätigkeit auf eine Sondersache zusammengedrängt und der Gläubiger diese nicht angenommen hat, § 300. Vgl. oben S. 109, 110.

3. Von einem Leistungsverzug des Schuldners kann im Fall des Gläubigerverzugs keine Rede sein; die Folgen des Leistungsverzugs sind daher von selbst ausgeschlossen, aber auch diejenigen Folgen bleiben aus, welche sonst bei bloßem

---

[1]) Entscheidungen bei Scherer, die 5 ersten Jahre S. 454.

Nichthandeln eintreten, wie z. B. die Rücktrittsbefugnis des Gläubigers bei Fixgeschäften, § 361 und im Fall des § 360.

4. Die durch den Gläubigerverzug herbeigeführten Kosten fallen dem Gläubiger zur Last, nicht nur nach den Regeln der Menschenhilfe, sondern nach dem Satze, daß der Schuldner sich mit dem gleichen wirtschaftlichen Erfolg befreien darf, als wenn die unregelmäßigen Zustände im Kreise des Gläubigers nicht beständen, § 304; daher auch § 381.

Dagegen besteht keine Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner allen Schaden zu ersetzen, der aus der Nichtannahme hervorgeht, so beispielsweise, wenn das vom Gläubiger nicht abgenommene Tier inzwischen jemanden beschädigt hat und der Schuldner als Tierhalter dafür aufkommen muß. Das ist keine Überschwerung der Lage des Schuldners; denn die Rechtsordnung sichert ihm nur die Lage zu, daß er nicht mehr zu leisten hat, als seine Leistungspflicht beträgt, nicht aber, daß er aus seiner Lebensstellung keinen Schaden erleidet. Es ist dasselbe Prinzip wie bei Auftragsvertrag, wo der Auftraggeber ebenfalls nicht für den Schadensersatz aufzukommen hat (S. 118, 391).

5. Handelt es sich um eine Leistung an einen Dritten und kommt der Dritte in Annahmeverzug, so kann es nach der Art des Rechtsverhältnisses Sache des Schuldners sein, die Annahmetätigkeit durch den Gläubiger zu veranlassen, z. B. Sache des Frachtführers bei Annahmeverzug der Bestimmungsperson. Ob und wie, ist bei den einzelnen Schuldverhältnissen verschieden und ist jeweils besonders zu behandeln.

6. Wenn der Gläubiger nicht nur seine Mitwirkung versagt, sondern positiv entgegenwirkt, indem er die Leistung unmöglich macht, dann gilt ohne alle Ausnahme der Grundsatz: die vom Gläubiger unmöglich gemachte Leistung gilt als erfüllt; nur daß auch hier eine Anrechnung gemacht wird, sofern sich der Schuldner hierdurch ungerechtfertigt bereichern würde. Wird wegen Gläubigerverzugs die Leistung unmöglich, so steht dies einer Verhinderung der Leistung gleich, § 324.

IX. Dies genügt aber nicht: dem Schuldner muß die Möglichkeit verschafft werden, sich auch ohne Gläubigermitwirkung zu befreien: es müssen Ersatzmittel gegeben werden. In dieser Beziehung gilt Folgendes:

1. Bei Sachleistungen hat der Schuldner zum Zweck der Befriedigung die Möglichkeit der Hinterlegung und des Selbsthilfeverkaufs, was die beweglichen Sachen betrifft; bei Grundstücken ist ihm nach erfolgter tunlicher Androhung die Preisgebung des Besitzes, nicht des Eigentums, gestattet, § 303.

Diese Mittel geben ihm manche Abhilfe, auch kommt die Erleichterung des § 375 in Betracht; aber sie reichen nicht immer aus, da die Hinterlegung ihre naheliegenden Schranken hat und der Selbsthilfeverkauf auf Schwierigkeiten stoßen kann, insbesondere in Fällen, wo das Bedürfnis, sich der Sache zu begeben, am allerdringendsten ist, wie bei gefährlichen Tieren, bei Sprengstoffen und bei Stoffen, die eine große Raumverschwendung verursachen. Auch bei Grundstücken kann es dem Schuldner bedrückend sein, daß er das Eigentum mit seinen Lasten behalten muß; und was andere Gegenstände betrifft, wie Immaterialgüter, Forderungen, die übertragen und angenommen werden sollen usw., so ist in der Gesetzgebung gar nicht für eine einseitige Befriedigungsweise gesorgt.

Hier gilt der Satz: der Gläubiger ist gehalten, den Gegenstand abzunehmen, d. h. ihn dem Schuldner vom Halse zu schaffen, in der Art, daß, wenn er es nicht tut, der Schuldner den Gegenstand nach erfolgter tunlicher Androhung in irgend einer Weise wegschaffen darf und kann, natürlich auf Kosten des Gläubigers. Diese Befugnis kann er natürlich durch Feststellungsklage feststellen lassen,[1] er kann auch eine einstweilige Verfügung erwirken. Das B.G.B. spricht hier von einer Verpflichtung des Gläubigers zur Abnahme der Sache (§§ 433, 640): dies ist ein ungenauer, sachwidriger Ausdruck: der Gläubiger ist nicht verpflichtet, sondern er ist dazu gehalten, bei Vermeidung der angegebenen nachteiligen Folge.

Daraus ergibt sich:

a) der Schuldner hat diese Befugnis, auch wenn der Gläubiger durch einen Umstand, den er nicht zu vertreten hat, in das Unvermögen der Abnahme kommt, z. B. wenn er eine Person zur Empfangnahme abgeordnet hat, und diese sich infolge höherer Gewalt verspätet, oder wenn er durch plötzliche Krankheit an der Abnahmetätigkeit verhindert ist: gerade in einem

---

[1]) Nur teilweise zutreffend R.G. 22. Dez. 1908, J.W. XXXIII, S. 58.

solchen Falle würde, wollte man die Sache von einer Verpflichtung des Gläubigers abhängig machen, die schlimme Folge entstehen, die überhaupt entsteht, wenn man beim Gläubigerverzug mit einer Verpflichtung des Gläubigers hantiert: dem Schuldner würde nur sehr mangelhaft geholfen, er würde, wenn auf Seiten des Gläubigers derartige Hindernisse eintreten, dem Gläubiger geopfert!

b) Auf Nichtwegschaffung der Sache von Seiten des Gläubigers finden die Bestimmungen vom Leistungsverzug, insbesondere § 326, keine Anwendung;[1])

c) der Ort der Abnahme ist nicht aus diesem Grunde auch Erfüllungsort für Schuldverpflichtung des Gläubigers. Vgl. S. 366.[2])

2. Was die Gebrauchs- und Dienstleistungen betrifft, so gilt der folgenschwere und durchgreifende Grundsatz: die Erfüllungsbereitschaft steht der Erfüllung gleich, sodaß der Schuldner die volle Gegenleistung verlangen kann, §§ 552, 615, wobei er sich nur die ungerechtfertigte Bereicherung aufrechnen muß, sofern er durch die Erfüllungsbereitschaft gegenüber der Erfüllung einen Vorteil hat; so wenn der Dienstpflichtige in der hierdurch gewährten Freizeit in andere Dienste tritt, wenn der Vermieter die hierdurch freibleibende Wohnung anderwärts vermietet.[3]) Ja selbst die Möglichkeit anderer Dienste kommt in Betracht, wenn eine dargebotene Gelegenheit hierzu böswillig versäumt wurde (oben S. 30). Über den erwähnten § 552 aber ist Folgendes zu sagen: Einstweilen hat der Mieter die Befugnis, die Bereithaltung der Wohnung zu verlangen, denn er kann ja stets noch einziehen; erklärt

---

[1]) R.G. 9. Dez. 1902, Entsch. 53, S. 161 und 28. Febr. 1904, J.Z. 1904, S. 342f. Die Gründe des R.G. allerdings gehen von unrichtiger Auffassung aus, sind aber durch gesundes Gefühl getragen.

[2]) Vgl. R.G. 22. Novemb. 1904, Monatsschr. f. Handelsr. XIV S. 80.

[3]) Ein solches gilt auch, wenn der Vermieter infolge des Nichteinzugs des Mieters selbst in der Wohnung wohnt, nicht aber, wenn er jemanden guttatweise in der leerstehenden Wohnung verweilen läßt: da wäre er für seine Guttat schlecht belohnt! Ganz unrichtig R.G. 14. Okt. 1902, Entsch. 52, S. 286. Soll denn die Wohnung unbedingt leer stehen? Sollte das Recht eine nutzlose Wertvergeudung verlangen? dann hätten die Redaktoren schlimm für die Wirtschaftsverhältnisse gesorgt, und das können wir doch nicht glauben!

er aber bestimmt, nicht einziehen zu wollen, dann kommt § 295 zur Geltung: nach einem fruchtlosen wörtlichen Angebot könnte der Vermieter im Interesse des Säumigen weiter vermieten, er kann es auch ohne solche Aufforderung, die sich nach ausdrücklicher Erklärung als nutzlos erweist; in solchem Falle verlangt er zwar nicht die Mietzinsen, aber er beansprucht die etwaige „Unterbilanz", die eine gutgläubige Weitervermietung gegenüber der ersten Vermietung ergibt.

Was aber das anzurechnende Einkommen des Dienstpflichtigen während der durch Gläubigerverzug entstandenen Freizeit betrifft, so kommt noch Folgendes in Betracht:

a) in welchem Zeitpunkt innerhalb dieser Freizeit das Einkommen gemacht wurde, ist unerheblich; wenn ein zu Unrecht entlassener Schauspieler durch zwei Gastspiele soviel verdient, als sonst während der ganzen Dienstzeit, so ist dies ohne weiteres zu berücksichtigen; jedoch ist

b) wie beim Schadensersatz, so auch bei dieser Ausgleichung nicht unbedingt alles anzurechnen, was der Dienstleistende im Gefolge des Gläubigerverzugs zu verdienen vermochte, vielmehr kommen dabei anderweitige günstige Umstände in Anschlag, welche bewirkt haben, daß sein Verdienst während der Freizeit besonders ergiebig war; vor allem aber ist zu prüfen, ob nicht dieses Einkommen auf erhöhter Anstrengung und Aufregung (gegenüber den Anstrengungen im Dienste) beruht,[1]) z. B. bei einer amerikanischen „Tournee"; daher ist möglicherweise nicht das ganze Einkommen, sondern nur ein Bruchteil anzurechnen, während der andere Bruchteil den über den Dienst hinausgehenden Sonderanstrengungen zuzuschreiben ist. Vgl. oben S. 131f.

c) Nebenverdienst, den der Dienstleistende auch während des Dienstes gemacht hätte, kommt nicht in Abzug, denn er ist nicht erst durch das Unterbleiben der Dienstleistung ermöglicht worden.[2]) Vgl. auch S. 266, 348.

3. Beim Werkvertrag hat der gleiche Gedanke in § 649 einen eigenartigen, nicht recht zutreffenden gesetzgeberischen Ausdruck gefunden. Es heißt nämlich hier, daß der Besteller das Verhältnis kündigen darf. Kündigen will aber hier nicht

[1]) Angedeutet R.G. 12. Juli 1904 J.W. XXXIII S. 586.

[2]) Entscheidungen bei Warneyer B.G.B. zu § 615.

wie gewöhnlich sagen, daß das Verhältnis sein Ende erreichen soll in der Rechtslage, in der es sich befindet, sondern es heißt, daß der Kündigende über diese Rechtslage hinaus zu leisten hat, sodaß der Unternehmer (unter Anrechnung einer etwaigen ungerechtfertigten Bereicherung) alles bekommt, was er hätte, wenn er geleistet hätte,[1] während er selbst nicht weiter zu leisten braucht; d. h. es treten hier die Grundsätze des Gläubigerverzuges ein, wonach das zurückgewiesene Angebot der Leistung wie eine Leistung behandelt wird. Die Kündigung heißt daher nichts anderes, als die Zurückweisung der Erfüllungsleistung des anderen Teils.[2] Dies ist besonders wichtig, wenn es sich um eine Zustandsleistung handelt; steht aber die Herstellung eines neuen Gegenstandes in Frage und ist dieser bereits völlig hergestellt, dann treten die Grundsätze des Gläubigerverzugs bei Gegenstandsleistungen ein, § 644. Vgl. S. 371.

c) Deckung.

α) Allgemeines.

§ 75.

I. Eine Deckung kann erfolgen

1. auf dem Wege des Vollstreckungsverfahrens und Pfandverkaufs;

2. auf privatem Wege, wenn dem Gläubiger vom Schuldner zum voraus Mittel zu Gebote gestellt worden sind, um sich daraus zu befriedigen; diese Hingabe von Befriedigungsmitteln hat nicht den Charakter einer Erfüllung, sondern den Charakter eines Verwahrungsgeschäfts, bei welchem es dem Gläubiger gestattet ist, Stücke davon kraft kurzhändiger Übergabe sich zu eigen zu machen und dadurch eine ihm zustehende Forderung zu befriedigen;

3. sie kann aber vor allem erfolgen auf dem Wege der (einseitigen, nicht vertragsmäßigen) Aufrechnung.

II. Von der Deckung gilt Folgendes:

Die Deckung ist nicht Erfüllung, sondern ein anderes Mittel, sich Befriedigung zu schaffen. Daher gelten

---

[1]) Natürlich nicht als Entschädigung, O.L.G. Celle 23. Okt. 1903, Mugdan VII S. 480.

[2]) Vgl. Enzyklopädie I, S. 654, 684.

1. die oben S. 185 bezeichneten Erfüllungsfolgen 1, 2, 3 nicht; daher hat der Gläubiger keine Deckungsbefugnis bezüglich eines nicht vorhandenen, auch nicht bezüglich eines deckungsunfähigen (wenn auch nur durch Einrede belasteten) Anspruchs, § 390; doch gilt die Besonderheit, daß eine erworbene Deckungslage trotz der später sich vollendenden Verjährung bestehen bleiben kann, §§ 223, 390. Die §§ 313, 518, 766, 343, 655, 762, 814, 817 finden hier keine Anwendung. Vgl. Anhang.

2. Die Deckung kann sich nur derjenige verschaffen, dem die Forderung zur Verfügung steht: decken ist verfügen; davon ist bereits S. 157 gehandelt worden. Vgl. auch S. 214.

Ferner gilt Folgendes:

3. Hat der Schuldner das Wahlrecht, so kann sich der Gläubiger, sofern jener die Wahl nicht vornimmt, nach seiner Wahl decken, doch so, daß der Schuldner, solange der Gläubiger sich noch nicht (ganz oder teilweise) gedeckt hat, nach seiner Wahl erfüllen kann, § 264; handelt es sich um eine Gattungsschuld, so kann der vollstreckende Gerichtsvollzieher die Ausscheidung vornehmen, § 883 f. Z.P.O., vgl. oben S. 52 f., 106;

4. bezüglich der Anrechnung im Falle mehrerer Verpflichtungen desselben Schuldners gelten nicht die Grundsätze der Erfüllung, sondern der Grundsatz, daß der Gläubiger die Anrechnung nach seinem Belieben vornehmen kann: insbesondere hat er die Befugnis, zu vollstrecken oder einzuklagen, welche unter den verschiedenen ihm zustehenden Forderungen er will.[1]) Auch steht es ihm zu, sich seine Deckungsmittel zu wählen und auch mehrere Deckungshandlungen für die gleiche Schuld nebeneinander vorzunehmen, daher auch, im Fall mehrerer Gesamtschuldner, gegen jeden auf das Ganze vorzugehen, nur daß das Gesamtergebnis nicht mehr als die eine Schulddeckung ergeben darf (S. 146 f.). Dafür muß er sich aber auch gefallen lassen, daß die Deckungshandlung möglicherweise nur zur Teilbefriedigung führt, und er darf nicht eine Deckungssumme mit dem Bemerken ablehnen: alles oder nichts; dies gilt auch von dem Fall, daß die Aufrechnung zur Befriedigung des Gläubigers des Aufrechnenden führt: in diesem Fall muß auch der Gläubiger des Aufrechnenden (ebenso wie der Aufrechnende selbst) Teilbefriedigung entgegennehmen; sonst wäre

[1]) Vgl. R.G. 20. Febr. 1904, J.W. XXXIII S. 173.

die ganze Einrichtung der Aufrechnung nur verwendbar, wenn Forderung und Gegenforderung von gleichen Beträgen wären. Der Gläubiger muß sich ferner gefallen lassen, daß sich der Bürge oder sonstige Sicherungshafter auf das Deckungsverhältnis beruft und kraft dessen seine Leistung verweigert, §§ 770, 772, 1137, 1211 B.G.B., 129 H.G.B.: die Sicherungshafter sollen möglichst geschont werden.

III. Gewisse Arten der Deckung sind bevorrechtet, sofern nämlich die Deckungslage so gestaltet ist, daß der Gläubiger durch bloßen Willensakt zu seiner Befriedigung gelangen kann. Dies ist der Fall, wenn ihm die Deckungsmittel so zur Verfügung stehen, daß er bloß eines Zureichens bedarf, um sich mit ihrer Hilfe zu befriedigen; und dies ist auch bei der Aufrechnung der Fall, ebenso auch bei der Hinterlegungsannahme (S. 193).

Daher gilt der Satz:

1. der Schuldner kann hier nicht in Leistungsverzug kommen, da ja dem Gläubiger die Mittel der Befriedigung in der Hand liegen;

2. die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner ist zwar nicht getilgt, aber solange dieses Deckungsverhältnis besteht, nach anderen Richtungen hin deckungsunfähig, vgl. §§ 770, 1137, 1211, § 129 H.G.B.

3. Zinsen laufen nur dann weiter, wenn die Deckung zugleich für die Zinsen gegeben ist.

IV. Sind allerdings mit der Nichtbefriedigung an sich Folgen verknüpft, ohne Rücksicht auf den Verzug, so hilft auch die Deckungslage an sich nicht; sie hilft aber, wenn der Schuldner den Gläubiger sofort oder unverzüglich nach der Gläubigererklärung auf diese Deckungslage verweist: in diesen Fällen tritt eine für den Fall der Nichtbefriedigung drohende Verwirkung nicht ein; eine etwaige Aufrechnung hat der Schuldner hier selbst zu bewirken, vgl. §§ 357, 554.

§ 76.

I. Die Deckungsbefugnis des Gläubigers geht auf den Forderungserwerber über; sie geht aber auch auf denjenigen über, der den Gläubiger kraft Interventionsbefugnis befriedigt; Interventionsbefugnis aber hat, wer den Gläubiger befriedigt, um dessen Deckungstätigkeit von sich selbst abzuwenden; so der

Bürge und Gesamtschuldner, §§ 774, 426, so der Eigner, welcher durch Tilgung der Schuld die Hypotheken- oder Pfandrechtsdeckung von sich abwendet, §§ 1142, 1143, 1224, 1225 (vgl. § 225 K.O.); so aber auch jeder Berechtigte, ja jeder Besitzer, der, sofern er den Gläubiger befriedigt, die Zwangsvollstreckung und damit die für sein Recht oder seinen Besitz verhängnisvollen Wirkungen der Zwangsvollstreckung ablenkt, § 268, wozu auch ein Mieter oder Pächter gehört, dessen Gebrauchsverhältnis unter der Zwangsvollstreckung Not litte. Das Gleiche gilt beim Pfandverkauf, § 1249. Dieser Eintritt in das Deckungsrecht findet nur statt, soweit der Gläubiger befriedigt wird, und bis zu diesem Betrag.

II. Die Intervention ist eine durch das Eigeninteresse begründete Unterstützung des Gläubigers; sie schafft dem Gläubiger eine erleichterte Befriedigung; sie wirkt daher auch nur, soweit sie zum Vorteil des Gläubigers gereicht.

III. Daraus ergibt sich von selbst der Satz, den man so auszudrücken pflegt: nemo subrogat contra se. Das will heißen: wird der Gläubiger teilweise befriedigt, so geht zwar das Deckungsrecht auf den „Subrogierten" über, aber nur insoweit, als sich dies mit dem Interesse des Gläubigers verträgt. Wenn also beispielsweise von dem Schuldner nur $^{1}/_{6}$ der Schuld zu erlangen sind, so kann der Mitverpflichtete, der $^{3}/_{6}$ bezahlt hat, nicht verlangen, daß diese $^{1}/_{6}$ unter ihn und den Gläubiger geteilt werden, sondern er muß sich gefallen lassen, daß dem Gläubiger die rückständige Hälfte, also $^{3}/_{6}$ bezahlt werde, und nur das letzte Sechstel, das der Schuldner zahlen kann, vermag er für sich zu begehren, §§ 268, 426, (774), (1143), (1225).

β) Aufrechnung.

§ 77.

I. Aufrechnung ist eine von einem wirklichen oder vermeintlichen Schuldner (B) an seinen wirklichen oder vermeintlichen Gläubiger (A) gerichtete Anweisung, mit Rücksicht auf eine Gegenforderung, die dem (B) gegen den (A) zusteht; eine Anweisung, die dahin zielt, daß der Gläubiger (A) das, was er dem Schuldner (B) schuldet, statt an diesen an sich selbst bezahlen soll. Würde sich diese Anweisung regelrecht

entwickeln, dann würde hiernach der Gläubiger (A), insofern als er zugleich Schuldner ist, die Anweisung annehmen und darauf hin seine Schuld nicht an den B, sondern an sich selber leisten, was durch ein Geschäft an sich selbst zu geschehen hätte. Hier bestimmt nun die Rechtsordnung:

1. soweit das Aufrechnungsinstitut rechtlich wirksam ist, hat die Anweisung zur Folge, daß A nicht an sich selbst zu zahlen braucht, sondern daß die Zahlung ohne weiteres als geschehen betrachtet wird: mit anderen Worten, das Geschäft an sich selbst ist ohne weiteres vollzogen. Noch mehr:

2. in anderen Fällen wäre A überhaupt nicht genötigt, die Anweisung anzunehmen: in unserem Fall ist er dazu verpflichtet, und die Verpflichtung gilt ohne weiteres als erfüllt: die Anweisung ist ohne weiteres angenommen, die Zahlung ist laut 1. erfolgt. Die Befugnis, eine solche Anweisung mit der Wirkung zu geben, daß sie in der Person des Angewiesenen von selbst zur Ausführung kommt, ist eine Art der Deckungsbefugnis.[1])

II. Daß diese Konstruktion die richtige ist, ergibt sich auch aus der Skontration; nehmen wir folgende Schuldverhältnisse:

A hat eine Forderung gegen B,

B gegen C,

C gegen A,

so kann zweifellos durch eine Willenserklärung der drei Personen ein jedes dieser Schuldverhältnisse zugleich erlöschen. Das ist aber so aufzufassen, daß C den A anweist, an B zu

---

[1]) Dies habe ich nunmehr Enzyklop. I, S. 670 durchgeführt. Man hat allerdings geltend gemacht, 1. die Zahlung des Gläubigers an sich selbst sei hier eine bloße Fiktion, denn auch die Zahlung an sich selbst müsse sich durch einen Akt betätigen, wenn sie Wirklichkeit sein wolle; allein wer dies behauptet, verwechselt die Geschäfte eines Stellvertreters mit sich selbst mit Geschäften, die jemand in seinem Namen als Träger zweier Vermögensmassen vornimmt: diese erfolgen ohne Rechtstätigkeit einfach dadurch, daß sie nach außen hin in der rechtmäßigen Weise als geschehen erklärt werden: Selbsteintritt des Kommissionärs, tote Konten, Zahlung des Schuldners an sich selbst, um das Gezahlte als Darlehen zu haben, § 607, (vgl. S. 182, 221, 469 und I S. 266f., 496); man hat 2. auf die Rückziehung der Aufrechnung verwiesen: allein wenn auf Grund der Aufrechnungslage gezahlt wird, so wird eben mit der Wirkung bezahlt, welche die Aufrechnungslage ergibt; man hat endlich 3. gesagt, daß ich auf solche Weise die Aufrechnung auf ein Prokrustesbett lege; dies bedarf keiner Widerlegung. Unrichtig Oertmann im Recht IX S. 33f.

zahlen, sodaß nunmehr statt des mittleren Verhältnisses B gegen C das Verhältnis B gegen A eintritt. B weist nun den A an, statt an ihn, an sich selbst zu zahlen, sodaß schließlich das Verhältnis eintritt: A gegen A; diese Zahlung an sich selbst erfolgt auch hier als ohne weiteres, und so ist ohne jede Geldbehandlung das Ganze erloschen; denn wenn A an A zahlt, so ist zu gleicher Zeit C befriedigt, weil er den A angewiesen hat, an B zu zahlen, und B befriedigt, weil er den A angewiesen hat, an A (an sich selbst) zu zahlen. Es ist hierzu nicht einmal ein Einverständnis von A, B und C nötig; es genügt eine Erklärung von C und B gegen A, der die Reihe eröffnet und schließt; durch diese Erklärung geschieht die Aufrechnung: es ist, wie wenn A dem C, C dem B, B dem A gezahlt hätte.

Ist die Skontration so zu konstruieren, so natürlich auch die Aufrechnung, die nur eine vereinfachte Skontration ist.

III. Die Aufrechnung steht dem Gläubiger und dem interventionsberechtigten Dritten zu, §§ 268, 1142, 1224, 1249.

IV. Im Folgenden sprechen wir bei der Aufrechnung von einer Forderung des A gegen B und des B gegen A, wobei wir B als den aufrechnenden Teil bezeichnen: die erste Forderung nennen wir Hauptforderung, die zweite Aufrechnungsforderung.

§ 78.

I. Die Aufrechnung wirkt auf doppelte Weise: sie bewirkt die Deckung der Aufrechnungsforderung, sie bewirkt damit im Gefolge die Befriedigung der Hauptforderung: beide Befriedigungen sind Deckungsbefriedigungen, die eine unmittelbar, die andere mittelbar.

Daraus ergibt sich, unter Zuhilfenahme des obigen Grundsatzes: die Aufrechnung hat die Tilgung der zur Deckung gebrachten Aufrechnungsforderung auch dann zur Folge, wenn die Hauptforderung nicht besteht: die Schuldurkunde ist daher zurückzugeben und die Bürgen sind frei; besteht die Hauptforderung nicht zu Recht, so erwächst lediglich eine zwischen den Parteien schwebende Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Vgl. S. 184, 455.

II. Die oben (S. 183, 207) beschriebenen Folgen der Deckungslage gelten insbesondere auch von der Aufrechnung. Man spricht insofern von Aufrechnungslage.

1. Die Aufrechnungslage ist nicht Aufrechnung. Sie bewirkt nur, daß eine Aufrechnungsdeckung sich als Deckung unter Berücksichtigung der Aufrechnungslage darstellt; vorausgesetzt ist in allen Fällen, daß es späterhin wirklich zur Aufrechnung kommt: die Aufrechnungslage ist eine Lage in Vorbereitung der künftigen Aufrechnung; erfolgt diese nicht, so bleibt auch die Aufrechnungslage wirkungslos.[1]) Daher der Ausschluß des Zinsenlaufs, der Verzugsfolgen, der Fortbestand der Aufrechnungslage trotz Verjährung, §§ 389, 390. Und handelt es sich um den S. 207 hervorgehobenen Fall, wo schon die Nichtleistung an und für sich für den Schuldner schwere Folgen herbeiführt, so gilt auch hier der Satz, daß diese Folgen noch nicht durch die Aufrechnungslage abgewendet werden, sondern erst dadurch, daß der Schuldner vorher oder unverzüglich hernach aufrechnet, §§ 357, 554.[2])

2. Die Aufrechnungslage setzt voraus,

a) daß Hauptforderung und Aufrechnungsforderung zwischen denselben Personen schweben: diese Personengleichheit wird nicht durch Gestattung des dritten Forderungsberechtigten ersetzt, sofern nicht eine Übertragung erfolgt;[3]) sie setzt

b) voraus, daß Hauptforderung und Aufrechnungsforderung gleichartig sind, also auf vertretbare Sachen derselben Art gehen; praktisch kommen fast nur Geldforderungen in Betracht, § 387. Über Erfüllungsort s. S. 46. Sie setzt ferner

c) Deckungsfähigkeit (also Fälligkeit) der Aufrechnungsforderung und Befriedigungsfähigkeit der Hauptforderung voraus;

[1]) Die Theorie der Aufrechnungslage habe ich in Z. f. Ziv.-Prozeß XXIV, S. 32f. entwickelt. Dagegen ist manches geschrieben worden, auf das ich nicht einzugehen brauche. Erheblich sind die Einwendungen von Franz Leonhard, Arch. f. bürgerl. Recht XXI, S. 171f., die im folgenden, soweit erforderlich, ihre Erledigung finden mögen. Die von manchen aufgestellte Behauptung aber, daß die Aufrechnungslage zur Kompensation ipso jure führe, ist ein so seltsamer Irrtum, daß jede Widerlegung überflüssig ist.

[2]) Darum wird in schwierigen Berliner Mietverträgen auf die Aufrechnung zum Voraus verzichtet!

[3]) Vgl. O.L.G. Dresden, 10. Oktober 1902, Mugdan VI S. 25.

letztere liegt vor, wenn die Hauptforderung fällig oder so gestaltet ist, daß die Nichtfälligkeit lediglich dem Schuldner zu gute kommt, § 387. In einem Fall wird die Aufrechnungslage verfrüht (§§ 406, 392). Vgl. oben S. 165.

d) Soll eine Forderung von ihren natürlichen Zielen nicht abgelenkt werden, dann ist es nicht gestattet, sie durch eine Aufrechnungsforderung zu tilgen: daher darf man eine Hauptforderung nur dann durch Deckung der Aufrechnungsforderung befriedigen, wenn sie nicht kraft ihres Entstehungsgrundes eine Zweckbestimmung hat, die dieser Befriedigungsweise widerspricht.[1]) So der Fall der Forderung der Aktiengesellschaft gegen den Aktionär aus der Aktienzeichnung, deren Zweck ist, ein verfügbares Aktienvermögen herzustellen; so der Fall, wenn eine Forderung deswegen unbeschlagnahmbar ist, weil sie dazu dienen soll, den notwendigen Lebensbedarf zu stillen, weshalb insbesondere der Arbeitslohn einer Aufrechnung nicht zugängig ist, soweit die soziale Gesetzgebung ihn als unbeschlagnahmbar erklärt; damit ist nicht gesagt, daß eine derartige Aufrechnung unter allen Umständen ein Vergehen gegen die Gewerbegesetzgebung wäre: jedenfalls aber ist sie zivilrechtlich unwirksam, in der Art unwirksam, daß die Arbeitsforderung doch bestehen bleibt, § 394, A. 81 B.G.B., § 115f. Gew.-O., § 221 H.G.B., § 19 Ges. beschr. Haft. u. a.

Dies gilt auch von dem Fall, daß die Aufrechnungsforderung aus demselben Rechtsverhältnis hervorgeht, und man kann nicht sagen, daß hier keine Aufrechnung vorliege, sondern eine Einrede des nicht erfüllten Vertrags: die Einrede des nicht erfüllten Vertrags wird, wenn sie sich darin äußert, daß der Dienstberechtigte dem Dienstleistenden wegen seiner Gegenverbindlichkeit einen Lohnabzug macht, zur Aufrechnung; und der Gedanke, daß der Dienstberechtigte nicht einen Abzug mache, sondern seine Geldleistung bis zur Leistung eines Gegengeldes zurückhalte, ist eine juristische Feinheit, entbehrt aber jeder Wirklichkeit im Leben und seine Anwendung verstößt gegen den sozialen Grundsatz.[2])

---

[1]) O.L.G. Dresden, 19. Mai 1901, Mugdan III S. 93. Anders die vertragsmäßige Aufrechnung; vgl. oben S. 196. Hierher gehört auch § 395.

[2]) Unrichtig viele Entscheidungen: sie widersprechen dem sozialen Grundgedanken des Gesetzes, z. B. Kammergericht 14. März 1903, Seuffert 59 No. 52 O.L.G. Köln 31. Oktober 1902, Seuffert 58 No. 115. Am

Anders, wenn der Abzug deshalb gemacht wird, weil die Dienste eine Zeitlang nicht geleistet wurden; denn dann geht die Behauptung dahin, daß die Dienstforderung insoweit nicht entstanden ist; anderes auch dann, wenn Vertrag oder Arbeitsordnung als Strafe den Lohnabzug bestimmen, denn dann wird ein geringerer Lohn verdient (§ 134 Gew.O.); etwas anderes gilt auch von dem Fall, daß die Aufrechnungsforderung auf vorsätzlicher unerlaubter Handlung beruht.[1]) Für das Gesindewesen ist, was nach A. 95 zulässig, vielfach etwas anderes bestimmt und die Aufrechnung der aus dem Dienstverhältnis hervorgehenden Entschädigungsforderungen gestattet, z. B. Preuß. Ausf.-G. zum B.G.B., A. 14, § 1.

3. Die Aufrechnungslage bewirkt, daß, wenn eine Forderung einer anderen gegenübersteht, und nun nachträglich eine dritte oder eine vierte Forderung hinzukommt, ein jeder der Beteiligten ausnahmslos verlangen kann, daß in der Art aufgerechnet wird, wie es der jeweiligen Aufrechnungslage gemäß ist; so wenn eine bereits verjährte Forderung A gegen B besteht, die aber noch fähig ist, eine alte Forderung B gegen A auszugleichen, und wenn sodann eine neue Forderung A_1 gegen B_1 erwächst: in diesem Falle hätte die Aufrechnung von B gegen A mit A_1 gegen B_1 zur Folge, daß die verjährte Forderung A gegen B kalt gestellt würde; wäre dies möglich, so wären wesentliche schützenswerte Interessen des einen dem Angriff des anderen ohne weiteres preisgegeben. Daher ist es gestattet, einer Anrechnung, welche auf solche Weise den Grundsätzen der Aufrechnungslage zuwider wäre, entgegenzutreten, und dies geschieht dadurch, daß einer solchen Aufrechnungserklärung unverzüglich widersprochen wird, § 396. Wird der Aufrechnungserklärung gar keine Bestimmung zugefügt, so hat die Aufrechnung natürlich nach Maßgabe der Auf-

richtigsten die Gewerbegerichte, über deren Praxis zu vergleichen ist Wallroth, Arch. f. bürg. Recht XXIV S. 256f. Dafür zeugt auch der Sprachgebrauch des § 479; dort ist von einer aus demselben Geschäft hervorgehenden Schadensersatzforderung die Rede, die gegen die Kaufschuld geltend gemacht werden soll; die Geltendmachung wird als Aufrechnung bezeichnet. Vgl. S. 245.

[1]) Dies ergibt sich aus §§ 273, 393; denn hier ist der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß in solchen Fällen der schuldige Täter sich der Deckungshandlung des Gläubigers nicht entziehen darf. Über § 393 vgl. S. 471.

rechnungslage zu erfolgen; weshalb, wenn zwei Hauptforderungen vorhanden sind, von denen die erste zur Zeit der Entstehung der Aufrechnungslage fällig und die andere noch nicht fällig war, natürlich die erste Hauptforderung die zur Aufrechnung bestimmte ist. Daß dieser Gedanke in § 396 einen unzureichenden Ausdruck gefunden hat, schließt nicht aus, daß der Gedanke richtig ist, und die Rechtsordnung hat den richtigen Gedanken auch in dem unvollkommenen Ausdruck des Gesetzes herauszufinden.[1])

III. Die Aufrechnung ist eine Deckung in der oben (S. 207) bezeichneten erleichterten Art. Daher gelten alle oben S. 205 f. entwickelten Grundsätze:

1. Die Aufrechnung ist nur möglich, wenn die Aufrechnungsforderung besteht, nicht wenn sie durch Erfüllung erloschen ist; es müßte denn sein, daß ein Anspruch auf Wiederherstellung gilt, der sich darauf gründet, daß die Annahme der Leistung aus Irrtum erfolgt ist, und daß diese Annahme den Verlust der Aufrechnungsbefugnis zur Folge hat; hierüber wird in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (S. 462) gehandelt.

2. Die Aufrechnung ist nicht möglich mit einer deckungsunfähigen Aufrechnungsforderung; nur daß, wenn eine Deckungslage einmal gegeben ist, die Aufrechnungsbefugnis (trotz der Verjährung) weiter bestehen kann, § 390.

3. Nur der hat die Aufrechnungsbefugnis, dem die Verfügung über die Aufrechnungsforderung zusteht, daher nicht ein Bürge in Bezug auf die Forderung des Hauptschuldners, ebenso nicht ein Gesamtschuldner, was die Forderungen der übrigen Gesamtschuldner betrifft, und ebenso auch nicht der Schuldübernehmer bezüglich einer Forderung des früheren Schuldners, §§ 422, 770, 417.

4. Über Zinsenlauf und Verfallswirkungen gilt das obige (S. 207, 211).

[1]) Denjenigen, welche mich mit Verweisung auf den Wortlaut des Gesetzes belehren wollen, brauche ich nicht zu antworten; denn sie bezeugen gerade dadurch, daß sie Wortausleger sind, also den schlimmsten Fehler begehen, den überhaupt der Jurist begehen kann. Die fällige Schuld des § 366 ist in § 396 die zur Zeit des Entstehens der Aufrechnungslage fällige Schuld. Die Meinung der Kommission, auf die sich James Goldschmidt, Arch. f. b. R. XV. S. 222 beruft, ist bedeutungslos.

5. Die Aufrechnungslage kann einseitig oder zweiseitig sein, zweiseitig, wenn jede Forderung deckungsfähig ist, einseitig, wenn nur die eine deckungsfähig, die andere lediglich befriedigungsfähig ist, § 387.[1])

§ 79.

I. Die Aufrechnung erfolgt auf Grund der Aufrechnungslage; sie erfolgt durch ankunftsbedürftige Willenserklärung; sie kann als einseitige Willenserklärung nur unbedingt und unbefristet geschehen, und zwar gilt dies ausnahmslos, § 388 (vgl. I S. 568). Eine solche Aufrechnung ist bürgerlichrechtliche Aufrechnung zu nennen.

II. Diese bürgerlichrechtliche Aufrechnung ist von der prozessualischen sehr wohl zu unterscheiden.[2]) Sie tilgt durch Deckung und Befriedigung die Aufrechnungsforderung und die Hauptforderung; sie tilgt die Aufrechnungsforderung auch dann, wenn die Hauptforderung gar nicht bestand oder bereits erloschen war. Die Geltendmachung einer auf solche Weise erfolgten Aufrechnung im Prozeß ist Einwendung, nicht Einrede. Wird daher im Prozeß die Hauptforderung aus anderen Gründen abgewiesen, so wird damit ausgesprochen, daß die Hauptforderung nicht bestanden hat, womit aber nicht verneint wird, daß die Aufrechnung vollzogen und dadurch die Aufrechnungsforderung getilgt wurde; nur daß in solchem Falle die Aufrechnungsforderung, weil zu Unrecht getilgt, wieder hergestellt werden muß. Wird dagegen der Hauptforderung stattgegeben, wird also die Einwendung der bürgerlichrechtlichen Aufrechnung zurückgewiesen, so ist damit festgesetzt, daß seiner Zeit die Aufrechnung nicht wirksam statt-

---

[1]) Daraus ergibt sich auch, daß man mit Unrecht behauptet hat, eine bedingte Aufrechnung hätte eigentlich zugelassen werden sollen: denn der andere Teil werde hierdurch nicht eigentlich in die Schwebe gesetzt, weil er diesen Schwebezustand jeden Augenblick ändern könne: er könne ja sofort seinerseits unbedingt aufrechnen und damit die Schwebe beendigen. Allein abgesehen davon, daß eine solche doppelte Aufrechnung zu Verwicklungen führen könnte, muß hervorgehoben werden, daß möglicherweise dem einen die Aufrechnungsbefugnis zusteht, dem anderen nicht; in welchem Falle diese Aushilfe nicht zutrifft.

[2]) Zeitschrift für Zivilprozeß 24 S. 17 ff.; daran hat sich eine ganze, nicht immer erfreuliche Literatur angeknüpft.

gefunden hat, aber es ist damit über die Frage, ob die Aufrechnungsforderung zur Zeit der Aufrechnungserklärung vorhanden war, in keiner Weise entschieden; dieses zu entscheiden, ist das Urteil nicht berufen: § 322 Z.P.O. bezieht sich auf solchen Fall nicht.[1])

III. Die prozessualische Aufrechnung dagegen erfolgt durch Prozeßhandlung; sie erfolgt auf dem Wege der Einrede: sie wirkt daher nach Maßgabe der Einredegrundsätze: sie wirkt daher nicht, wenn der Prozeß nichtig ist, sie wirkt nicht, wenn der Prozeß zu keinem Abschluß gelangt, sie wirkt nicht, wenn die Klage, sie wirkt nicht, wenn die Einrede nachträglich zurückgenommen wird; sie wirkt nur, wenn der Prozeß zu einem und zwar auf die Einrede gebauten Urteil führt; sie wirkt daher auch dann nicht, wenn die Klage aus anderen Gründen zurückgewiesen wird. Die Einrede enthält die Erklärung, aufzurechnen, sofern und soweit die Klageforderung im übrigen als bestehend erkannt wird.

IV. Daraus ergibt sich Folgendes: beruft sich der Beklagte auf bürgerlichrechtliche Aufrechnung, dann kann das Gericht die Klage abweisen, ohne zu prüfen, ob die Hauptforderung bestanden hatte oder aus anderen Gründen erloschen war; der Richter hat nur über die Klage zu entscheiden, nicht über die Gründe, aus welchen sie abzuweisen ist. Die Frage, ob die erloschene Gegenforderung wieder herzustellen sei, bleibt offen. Erfolgt aber eine prozessualische Aufrechnung, dann hat der Richter über die Wirkung der Einrede zu entscheiden, er hat daher zu entscheiden, ob die Einrede mit dem ihr innewohnenden Opfer zur Abweisung der Hauptforderung führt oder nicht.

Die Einwendung der erfolgten bürgerlichrechtlichen Aufrechnung ist die Behauptung des Erloschenseins der Hauptforderung, welche Behauptung auch noch durch andere Erlöschungsgründe gestützt werden kann; die Erhebung der Aufrechnungseinrede dagegen ist die Geltendmachung der Gegenforderung in ihrer Aufrechnungslage und kraft ihrer Aufrechnungslage, um die Hauptforderung zum Erlöschen zu bringen; daher der Satz:

---

[1]) Auch die Worte: „Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht", passen gar nicht auf den Fall bereits erfolgter Aufrechnung.

1. die Geltendmachung der Einrede unterbricht die Verjährung, § 209,

2. sie bewirkt Rechtshängigkeit und setzt daher regelrecht voraus, daß das Gericht für die Entscheidung Gerichtsbarkeit (Entscheidungsfähigkeit) hat;

3. sie führt zur Rechtskraftentscheidung bezüglich der Aufrechnungsforderung; mithin ist die Abweisung der Aufrechnungseinrede eine Abweisung der Aufrechnungsforderung, soweit sie im Rahmen der Hauptforderung liegt, daher § 322 Z.P.O.

Der ständige Streit über diese Fragen löst sich durch die Unterscheidung zwischen den zwei verschiedenen Arten der Aufrechnung.[1])

V. Der ganze Streit beweist, wie notwendig es für die menschlichen Verhältnisse ist, beide Arten von Aufrechnung zuzulassen. Es ist richtig, daß vielfach für den Beklagten ein Bedürfnis besteht, einfach aufzurechnen, um von der Klage loszukommen; so insbesondere, wenn die Aufrechnungsforderung verjährt und doch noch aufrechenbar, aber sonst nicht verwendbar ist; so auch aus tatsächlichen Gründen, wenn etwa von dem anderen Teil nichts zu bekommen ist und man sich nur eben einfach von der Klage freimachen will. Hierfür steht aber dem Beklagten ein einfacher Weg offen: der Weg der bürgerlichrechtlichen Aufrechnung, die auch noch während des Prozesses möglich ist; in welchem Fall, sofern nur die Aufrechnungsforderung besteht, unter allen Umständen der Klageanspruch getilgt wird und die Klage daher abgewiesen werden muß; ebenso wie sie abgewiesen werden müßte, wenn die Zahlung der Forderung bewiesen wäre, — ohne Rücksicht darauf, ob die Forderung vor der Zahlung bestanden hat oder nicht.

Auf der anderen Seite aber ist es ein wesentliches Interesse des Beklagten, auch in der Art aufrechnen zu können, daß die Wirkung der Aufrechnung nur eine bedingte ist, bedingt durch den Rechtsbestand der Hauptforderung und durch die Anerkennung dieses Rechtsbestandes im Prozeß, so daß er insbesondere erst nach rechtskräftigem Urteil den Schuldschein herauszugeben hat. Es verhält sich hier ebenso, wie wenn

[1]) Material über diesen Streit bringt Stölzel, Arch. f. ziv. Prax. 95, S. 1 ff. Er selbst hat aber die richtige Lösung nicht erkannt, noch weniger jedoch seine Gegner, die mitunter recht Verkehrtes gebracht haben.

eine Anfechtung auf dem Wege der Klage geltend gemacht wird, in welchem Falle der Anfechtende den Vorteil hat, durch das Urteil Klarheit zu erlangen, ob diese Anfechtung gewirkt hat oder nicht, während er sonst in Bezug auf die Wirkung im Dunkel bleibt.

Allerdings führen die prozessualischen Verhältnisse bei dieser letzteren Aufrechnung zu zwei Schwierigkeiten, von denen die eine nur durch die Unbrauchbarkeit unseres Eidessystems herbeigeführt wird, sofern nämlich in Bezug auf die Hauptforderung auf Eid erkannt und dieser Eid in der Gestalt eines bedingten Urteils auferlegt wird: hier wirkt die Festsetzung des Bestehens der Aufrechnungsforderung gleichfalls nur bedingt; sie wirkt nur, wenn die Läuterung des Eidesurteils dahin führt, daß, abgesehen von der Aufrechnungseinrede, eine Verurteilung des Beklagten ergehen müßte; während, wenn schon kraft der Leistung oder Nichtleistung des Eides die Klage abgewiesen wird, die ganze Aufrechnungseinrede bei Seite gelegt werden muß und die Entscheidung über sie wirkungslos bleibt. Ein seltsames Ergebnis! Allein dies wird geändert, sobald unser Eidesverfahren verbessert wird, was ja nur eine Frage von kurzer Zeit sein kann. Eine zweite, erheblichere Schwierigkeit entsteht im Urkundenprozeß, in dem Fall nämlich, wenn die Aufrechnungseinrede durch Urkunden dargetan werden kann, sonstige Verteidigungsmittel aber nur mit langsamen Beweisen: in diesem Falle kann die Entscheidung nur dahin gehen, daß die Klage unter allen Umständen abgewiesen, das Fortbestehen der Gegenforderung aber vom Nachverfahren abhängig gemacht wird.[1])

VI. Im übrigen kann die prozessuale Aufrechnung auch durch Klage erfolgen, indem der Kläger Feststellung der Aufrechnungsforderung verlangt und dabei erklärt, sie, sofern festgesetzt, mit der Hauptforderung aufrechnen zu wollen. Dies kann mit einem weitergehenden Antrag verbunden werden, wenn etwa jemand, der 1000 zu fordern hat, davon 400 aufrechnen und die übrigen 600 bezahlt haben will.[2])

---

[1]) Darüber habe ich bereits in meinen prozeßrechtlichen Forschungen S. 118 f. gehandelt. Man hat dies bei unserer Frage vielfach nicht berücksichtigt.

[2]) Vgl. O.L.G. Marienwerder, 16. Oktober 1903, Seuffert 59 Nr. 195 (und die Zitate). Über die Streitwertberechnung vgl. Gesammelte Beitr. S. 91.

§ 80.

I. Aufrechnung liegt nur dann vor, wenn Hauptforderung und Aufrechnungsforderung, nicht schon dann, wenn Posten und Gegenposten einander gegenüberstehen. Die Posten bilden eine Rechtslage für ein sich entwickelndes Recht, sie sind noch keine Rechte: in diesem Falle tritt eine Forderung erst hervor, wenn das Ergebnis aus dem Zusammenwirken der verschiedenen Posten eingetreten ist. So wenn im Gesellschaftsverhältnis oder im Auftragsverhältnis Leistungen und Gegenleistungen gemacht werden, und so im Kontokurrentverhältnis, dessen Wesen gerade darin besteht, daß Vorgänge, welche sonst Forderungen und Gegenforderungen erzeugen, bloß Debet- und Kreditposten schaffen sollen, sodaß erst aus ihrer gegenseitigen Begleichung eine Forderung des einen oder des andern sich ergeben wird. Allerdings setzt der Kontokurrent im Sinne des § 355 HGB. die Kaufmannseigenschaft des einen Teils voraus; allein ein solches Verhältnis kann auch in das bürgerliche Recht übernommen werden.

II. Hierbei ist Folgendes zu bemerken:

Die Posten und Gegenposten treten ein mit den ihnen zustehenden Sicherheiten und Deckungsberechtigungen. Sie werden durch Abrechnung gegenseitig aufgehoben, allein nicht vollständig, sondern nur in geminderter Weise: die verschiedenen Posten einer Reihe, in der sich ein Aktivsaldo ergibt, drängen sich lediglich in der oben (S. 155, 183) gekennzeichneten gesamtschuldnerischen Weise zusammen. Wenn sich daher eine Postenreihe von 11 × 1000 Mk. und eine Postenreihe von 10 × 1000 Mk. gegenüberstehen, so bewirkt die Abrechnung nicht, daß von den 11 × 1000 die ersten 10 × 1000 verschwinden, sondern sämtliche 11 Posten bestehen gesamtschuldnerisch weiter, aber unter Minderung auf 1000 Mk.; was zu bedeuten hat, daß die den einzelnen Posten zustehenden Sicherungen in der Art, wie sie früher bestanden, natürlich nur bis zum Betrage von 1000 Mk., fortbestehen bleiben.[1])

---

[1]) Das ist der Sinn des § 356 des HGB., einer Bestimmung, die vollkommen sachgemäß ist, die aber infolge des bisherigen Doktrinarismus keine richtige Erklärung gefunden hat. Viele betrachten sie überhaupt als eine unkonstruierbare Sonderlichkeit; andere konstruieren so: bei Begründung der einzelnen Schuldposten und bei Bestellung der

III. Die Abrechnung wirkt unter den Posten, wie eine vertragsmäßige Aufrechnung unter den Forderungen; sie hat daher Erfüllungscharakter (S. 196). Werden Spielschulden auf solche Weise verrechnet, so sind sie erfüllt, § 762 (S. 310), und das Gleiche gilt bezüglich anderer Unwirksamkeiten, die durch Erfüllung geheilt werden (S. 185). Soweit allerdings der übrig bleibende Saldo aus Spielforderungen gebildet wird, ist er in unwirksamer Weise gebildet und daher nicht geschuldet; er müßte denn durch eine damit zusammentreffende richtige Forderung in der soeben bezeichneten Weise gesamtschuldnerisch aufrecht erhalten werden. Wenn z. B. auf der einen Seite 10 Posten zu 1000 stehen, davon 9 aus Spielforderungen, 1 aus rechtsgültiger Forderung, auf der anderen Seite ein rechtsgültiger Posten von 9000 M., so wird der Saldo von 1000 M. durch den rechtsgültigen Posten von 1000 aufrecht erhalten.[1])

d) Sonstige Befriedigungen.

§ 81.

I. Die Befriedigung des Gläubigers kann auch durch Drittvorgänge erfolgen[2]) und zwar 1. unmittelbar:

a) durch Zuwendung eines Dritten, falls diese ohne Entgelt geschieht und dem Gläubiger alles bietet, was er kraft des Schuldverhältnisses zu erlangen hat; vorausgesetzt, daß diese Zuwendung sich nicht als Erfüllung darstellt, weil sonst eine Erfüllungshandlung vorläge, die nach den Erfüllungsgrundsätzen zu beurteilen wäre; wohl aber dann, wenn sie in völlig freigebiger Weise geschieht. Hier gilt Folgendes: die Schenkung wird dem Empfänger nicht alles bieten, was er zu verlangen hat, wenn ihr entweder Auflagen obliegen,

---

Sicherheiten werde ausgemacht, daß die Sicherheiten nicht etwa bloß für den Posten, sondern auch für den künftigen Saldo, soweit er der Höhe des Postens entspricht, gelten sollen; allein dies ist ungenügend: denn, ganz abgesehen von allem anderen, kann man damit nicht erklären, daß die Bestimmung sich auch auf solche Fälle erstreckt, wo die Posten nicht von Anfang an zum Kontokurrent gehörten, sondern ihm erst nachträglich einverleibt worden sind.

[1]) Vgl. R.G. 27. Juni 1896, Entsch. XXXVIII S. 232, 238; unrichtig RG. 26. November 1904 und dagegen Danz im Bankarchiv IV S. 145.

[2]) Vgl. auch neuerdings Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung (1905).

oder wenn zu befürchten steht, daß ein Widerruf erfolgt, oder daß infolge der Verarmung des Schenkers eine Rückforderung stattfinden werde: hier kann die Schenkung nur dann vollständige Befriedigung gewähren, wenn die Auflage vollkommen vergütet, und wenn für den Fall, daß etwas wieder herauszugeben ist, Sicherheit geleistet wird. Sodann kann die Schenkung möglicherweise als Wertschenkung gedacht sein, insofern die geschenkte Sache nicht in ihrer Sonderart, sondern als Trägerin eines bestimmten Wertes und als Wertmittel in Betracht kommen soll: in derartigen Fällen bietet die Schenkung etwas anderes, als die zu erfüllende Forderung will, da die geschenkte Sache nur einen Wert darstellen soll, der eben als Wert das Vermögen des Beschenkten zu bereichern hat; so wenn jemand einen Freund, dem von anderer Seite ein bestimmtes Gemälde versprochen worden ist, den Betrag von M. 5000 zuwenden will und wenn er hierfür ein Gemälde aussucht und nun zufälligerweise gerade dasjenige Gemälde wählt, welches der Gegenstand der Verpflichtung jenes anderen ist: hier ist die Gemäldeschuld nicht erfüllt: sie ist und bleibt eine Schuld, die neben der 5000 M.-Zuwendung erfüllt werden muß.

b) Die Befriedigung kann auch durch irgend einen Zufall erfolgen; so wenn jemand dem anderen versprochen hat, durch Bauten in das Wasser hinein sein Gelände zu erweitern und wenn nun durch Anspülungen eine solche Erweiterung von selbst eingetreten ist.

c) Sie kann durch Vermögensverschmelzung erfolgen: dann geschieht sie durch Selbstbefriedigung ohne besondere Befriedigungstätigkeit; sie geschieht durch Vereinigung mehrerer Vermögenskreise in einer Person (I S. 265, 496). Vorausgesetzt ist,

α) daß die Vereinigung eine endgültige ist, da eine einstweilige Vereinigung nur eine Hemmung des Schuldverhältnisses, kein Erlöschen herbeiführt. Eine solche Vereinigung kann dadurch eintreten, daß der Schuldner die Forderung durch Abtretung (auch kraft Zwangsvollstreckung), oder durch Erbgang erwirbt, sie kann ferner dadurch erfolgen, daß der Gläubiger den Schuldner beerbt und völlig für dessen Schulden einsteht; sie kann dadurch geschehen, daß zwei juristische Personen sich vereinigen, wobei allerdings zu bemerken ist, daß hier regelmäßig eine

Klärung (Liquidation) vorhergehen muß; doch gibt es Ausnahmen, und in diesen Ausnahmefällen tritt der obige Grundsatz ein. Vorausgesetzt ist,

β) daß die Zwecke des Schuldrechts einer solchen Selbstbefriedigung nicht widersprechen; sie widersprechen ihr, wenn die Verschmelzung nicht zu der Befriedigung führt, welche das Schuldverhältnis verlangt; so bei der Beerbung eines Gesamtschuldners durch den Gläubiger: wollte man hier eine Befriedigung annehmen, so wäre der Gläubiger, dem auch die übrigen Schuldner zu dienen haben, um sein Gläubigerrecht gebracht und auf das Rückgriffrecht beschränkt, § 425; anders, wenn einer der Gesamtgläubiger den Schuldner beerbt: denn da der Schuldner beliebig zahlen kann, so entspricht solche Tilgung dem Wesen dieses Schuldrechts, und die übrigen Gläubiger büßen dadurch nichts ein, was ihnen zusteht, § 429. Anders auch, wenn der Gläubiger mit dem Bürgen zusammenfällt: dann entspricht der Bürgenrückgriff allen Interessen des Gläubigers, außer in dem Fall, wenn der Bürge etwa auf den Rückgriff gegen den Schuldner verzichtet hätte: in diesem Fall müßten wir aber auch die Annahme einer völligen Gläubigerbefriedigung ablehnen.

II. Die Befriedigung kann 2. mittelbar erfolgen: sie kann bei Unterlassungsverpflichtungen dadurch erfolgen, daß eine verbotene Handlung, die als Zuwiderhandlung verboten wurde, den Charakter der Zuwiderhandlung verliert, indem das Interesse des Gläubigers, das durch die Zuwiderhandlung verletzt würde, nicht mehr durch die Handlung berührt wird; so insbesondere, wenn jemand, dem die Unterlassung des Wettbewerbes versprochen worden ist, sein Geschäft aufgibt, sodaß eine Handlung, die sonst Wettbewerbshandlung wäre, keine Wettbewerbshandlung und damit auch keine Zuwiderhandlung mehr ist. Dasselbe gilt auch dann, wenn jemand dem Nachbarn versprochen hat, im nachbarlichen Interesse gewisse Dinge zu unterlassen und der Nachbar aufhört, Nachbar zu sein; sofern anzunehmen ist, daß dieses Versprechen nicht auch zu Gunsten irgend eines Nachfolgers in der Nachbarschaft gedacht ist, was aber nicht zutrifft, wenn es eine höchst persönliche, nur auf den einen Nachbar bezügliche Wesenheit hat.

VI. Abschnitt.

Schuldverhältnisse in ihrem gesellschaftlichen Zweckbestreben.

A. Verträge.

I. Abstrakte Verträge.

§ 82.

I. Schon an anderer Stelle habe ich darauf hingewiesen, daß es im Verkehr weder üblich, noch auch angemessen oder erwünscht wäre, wenn die Verkehrtreibenden alle wirtschaftlichen Bestrebungen, welchen ihr Geschäft dienen soll, aufzurollen hätten. Wohl aber ist es dem Verkehr angemessen, daß diejenigen wirtschaftlichen Zusammenhänge, welche sich unmittelbar mit dem Geschäft verknüpfen, zum Ausdruck kommen, weil eben diese wirtschaftlichen Beziehungen durch das Schuldverhältnis beglichen werden sollen und die Begleichung mit Rücksicht auf diese wirtschaftlichen Bestrebungen gestaltet sein muß. Die Art solcher gesellschaftlicher Zwecke ist im besonderen Teil auszuführen. Vor allem kommen hier die Austauschgeschäfte in Betracht, deren wirtschaftliche Bestrebungen dahingehen, daß ein jeder Teil für eine Leistung eine andere erhalten soll, sodann Gesellschaftsgeschäfte, wo verschiedene Personen durch gemeinsame Leistung ein bestimmtes Ziel erreichen wollen, Schenkungen, wo ein Teil den anderen begünstigen und dadurch ein seelisches Moment auslösen will (die Freigebigkeitsbestrebung) usw. Man spricht hier von materiellen Geschäften und will damit nur sagen, daß das Geschäft regelrecht diejenigen wirtschaftlichen Umstände darlegt, welchen es zunächst dienen soll und welche darum zu seiner Kennzeichnung und Beleuchtung dienen.

II. Damit hört die Offenlegung der wirtschaftlichen Bestrebungen auf, und es kommt nicht weiter zur Geltung, wie ein jeder Teil mit dem auf solche Weise Erlangten weiter wirtschaften will. Nur in wenigen Fällen schleichen sich auch derartige Absichten in das Recht hinein. So ist es im Handelsrecht von Bedeutung, ob ein Geschäft dem Handelsgewerbe dienen soll; im alten Handelsgesetzbuch war es für das absolute Handelsgeschäft wesentlich, daß man zum Zweck der Weiterveräußerung kaufte. Im bürgerlichen Recht kommt bei dem Sacherwerb und überhaupt bei dem Erwerb von Gegenständen, aber auch sonst, die Zweckbestimmung der Leistung nach einigen Richtungen hin in Betracht; denn

1. für die Frage der Vollkommenheit oder Mangelhaftigkeit des Gegenstandes wird es bedeutsam, zu welchem Zwecke er bestimmt ist; so ist es z. B. bei dem Kauf eines Pferdes von Wichtigkeit, ob man ein Pferd für den Landbau oder als Renner oder zu anderem Zwecke kauft. Natürlich kommt eine derartige Absicht nur zur Berücksichtigung, soweit sie in dem Geschäfte zum Ausdruck gelangte („dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch") § 459.

2. Die Offenlegung des Zweckes ist bedeutsam für die Schadensersatzfrage mit Rücksicht auf die daraus entspringende größere Tragweite der Leistung, § 254 (S. 126f., 138).

3. Sie ist wichtig bei Wahlverpflichtungen mit Rücksicht auf die besondere Natur der Wahlbefugnis (S. 55), sie ist wichtig für Bestimmung von Erfüllungsort und Erfüllungszeit (S. 45f. 85).

4. Sie ist bedeutsam bei der Aufrechnung, weil die Zweckbestimmung der Forderung der Aufrechnung entgegenstehen kann (oben S. 212).

5. Sie ist bedeutsam bei Freigebigkeiten, weil die Erfüllung des Schuldzweckes durch eine Freigebigkeit das Schuldverhältnis hinfällig macht (oben S. 220f.).

III. Im Gegensatz zu den materiellen Geschäften spricht man von abstrakten Geschäften, wenn die Partei ein bestimmtes Versprechen aus dem oben bezeichneten Zusammenhang löst und es völlig unabhängig und vereinzelt zur Geltung bringen will. Das abstrakte Geschäft ist das vereinzelte Geschäft. Daß diesem Unterfangen eine gewisse Naturwidrigkeit inne wohnt, ist sofort ersichtlich, und doch kann das abstrakte Geschäft

sehr wichtigen Zielen der Menschheit dienen; darum hat es sich im Rechte der Völker entwickelt, von der römischen Stipulation, von der deutschen Vadiation, bis zum modernen Wechsel, bis zum englischen Deed. Die Vorteile sind vor allem Vorteile des Gläubigers: dieser ist in seinen Ansprüchen frei von allem „Drum und Dran“, von allen Bedingnissen, in denen seine Forderung entstanden ist, und er hat die Aussicht, ohne weiteres zur Befriedigung zu kommen, und braucht sich auf Einwendungen, welche dem Geschäft ankleben, nicht einzulassen.

IV. Dieses Ziel ist andererseits ein recht gefährliches; denn es enthält geradezu eine Aufforderung, in Fällen, wo das Gesetz Geschäfte wegen ihres verbotenen Charakters, wegen Staatsgefährlichkeit, wegen Unsittlichkeit als nichtig erklärt, eine solche Vereinzelung vorzunehmen, um die Verbindlichkeit dem gesetzlichen Verbote zu entziehen.

V. Es wird Sache der Rechtsordnung sein, zu prüfen, ob die Vorteile der Einrichtung stark genug sind, um die damit verbundenen Nachteile zu überwinden.

Das römische Recht hat hier vermittelt. Eine noch viel feinere Vermittlung bietet das moderne Recht im Wechsel (und im englischen Deed): es sucht das Ziel der Vereinzelung dadurch vollkommen zu erreichen, daß es den Wechsel indossierbar macht und dabei die Bestimmung gibt: dem gutgläubigen Wechselerwerber darf nichts entgegengehalten werden, was dem Wechsel aus dem zu Grunde liegenden Geschäft als Schwäche ankleben könnte. Hier tritt der abstrakte Charakter rein zu Tage. Und eine ähnliche Wirkung tritt ein bei der Annahme der Anweisung, wovon alsbald (S. 227) die Rede sein wird. Abgesehen von diesen Fällen aber hat das Recht es nicht gewagt, die Vereinzelung vollständig durchzuführen, ebensowenig als das römische Recht bei der Stipulation. Dieses war bereits durch das prätorische Recht dahin gedrängt worden, Exzeptionen aus dem ursprünglichen Geschäfte zuzulassen, und die *exceptio doli generalis* war auf der einen Seite eine mächtige Förderung des materiellen Rechtes, auf der anderen Seite der Tod der abstrakten Verbindlichkeit. Auch unser Recht begnügt sich nicht damit, daß es dem Aussteller eines abstrakten Schuldscheines einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der Urkunde und auf Befreiung vom

Versprechen gewährt, sondern es gibt ihm eine Einrede aus dem zu Grunde liegenden Geschäft, eine Einrede, die nicht nur dem Vertragsgenossen, sondern auch jedem künftigen Erwerber der Forderung entgegengehalten werden kann, und bewirkt dadurch, daß die Vereinzelung wiederum aufgehoben wird und die Nachteile, aber auch die Vorteile des abstrakten Geschäftes teilweise zu Boden fallen, §§ 821, 853, 812, 817.

VI. Damit ist aber die Wirklichkeit des abstrakten Vertrages nicht in Frage gestellt; denn immerhin behält er auch so einige Bedeutung, auch wenn die oben bezeichneten Schärfungen wie beim Wechsel und bei der Anweisungsannahme nicht eintreten. Denn immerhin ist schon das bedeutsam, daß ein Klageanspruch einfach auf den abstrakten Vertrag gebaut werden kann, und daß der Gegner zu einer Einrede gedrängt wird. Allerdings wird auch dieser wirkliche Vorteil durch zwei Umstände wesentlich eingeengt. Wenn nämlich das Gericht im Laufe des Prozesses erkennt, daß der abstrakte Vertrag das Deckmittel eines unsittlichen oder unerlaubten Verhältnisses ist, so hat das Gericht auch von sich aus, ohne eine Einrede abzuwarten, den Kläger zurückzuweisen; denn das Gericht darf sich nicht als Gehülfe unsittlicher Bestrebungen mißbrauchen lassen. Wenn also beispielsweise das Gericht erschaut, oder der Kläger vielleicht selbst zugibt, daß dem abstrakten Versprechen ein landesverräterischer Vertrag zu Grunde liegt, so wird es auch bei Versäumnis des Beklagten den Kläger abzuweisen haben. Und nichts Anderes scheint in den §§ 656 und 762 gesagt zu sein; denn auch dort ist anzunehmen, daß die Berufung auf Spiel oder auf den „Ehemakel" zunächst Einrede ist, der Richter aber die Umstände, wenn sie in der Klage hervortreten, von Amtswegen berücksichtigen darf, um nicht zum Beschirmer ungeeigneter Bestrebungen zu werden. Ein zweites Moment ist Folgendes: wenn das abstrakte Geschäft ein Schenkungsversprechen verwirklichen soll, so ist jedenfalls eine Einrede gegeben, wenn es die Schenkungsform nicht an sich trägt, denn sonst würde das abstrakte Versprechen die Gründe umgehen, aus welchen das Gesetz die Form des Schenkungsversprechens begehrt. Hier hat nun aber das Gesetz unzweideutig erklärt, daß die Schenkungsform von Amtswegen nötig sei und daher auch

das Gericht ihren Mangel von Amtswegen berücksichtigen müsse, sobald im Prozeß hervortritt, daß das Schuldversprechen schenkungshalber gegeben wurde, §§ 780, 518. Für den Wechsel gilt dies nicht.

§ 83.

I. Die abstrakten Verträge bedürfen der Schriftform, mindestens, was das Versprechen anbetrifft, während die Annahme in jeder Form geschehen kann, § 780; daß sie, wenn es sich um Schenkungen handelt, die Schenkungsform erfordern, wurde soeben bemerkt. Auch die Anweisungsannahme bedarf der Form des abstrakten Vertrages; handelt es sich aber um eine verbriefte Anweisung im Sinne von §§ 783f., so genügt der schriftliche Vermerk auf dem Anweisungsbrief, § 784. Vgl. oben S. 64.

II. Für Wechsel oder Orderpapiere, welche gar keine Verträge, sondern einseitige Schuldschöpfungen sind, gelten lediglich die Grundsätze des Handelsrechts.

III. Hier ist noch von der Anweisungsannahme und von der vertragsmäßigen Bürgschaft zu sprechen.

§ 84.

I. Die Annahme einer Anweisung geschieht regelmäßig in der Gestalt eines abstrakten Vertrages (S. 62). Der Angewiesene nimmt an, ohne Rücksicht darauf, wie sein Schuldverhältnis zu dem Anweisenden steht, und er nimmt an, ohne Rücksicht darauf, wie das Schuldverhältnis des Anweisungsempfängers zum Anweisenden gestaltet ist. Auf solche Weise gewinnt die Anweisung an Sicherheit, und das Anweisungsinstitut bekommt hierdurch seinen wahren Charakter: die Anweisungsannahme wird vom Deckungs- und Valutaverhältnisse unabhängig gemacht, sie hat beide zu begleichen. Inwiefern es hier mittelbar zur Berücksichtigung kommt, wenn das Deckungs- oder Valutaverhältnis fehlerhaft ist, soll S. 468f. erörtert werden.

Möglich wäre es aber immerhin, daß der Angewiesene erklärte: ich will dem Anweisungsempfänger schulden, aber nur insoweit, als ich dem Anweisenden schulde; oder: ich will dem Anweisungsempfänger schulden, aber nur insofern, als ihm der Anweisende schuldet. Es wäre dies eine Übergangsform, welche die Anweisung in ihrer Wirkung der Forderungs-

übertragung oder der Schuldübernahme annäherte; denn wenn der Angewiesene erklärt, er wolle nicht mehr schulden, als er dem Anweisenden schuldet, dann liegt ein ähnliches Verhältnis vor wie bei der Forderungsübertragung, nur daß es hier einer Anweisungsannahme bedarf und das Schuldverhältnis zwar ein ähnliches, aber nicht dasselbe ist und darum die Bürgschaften und die Pfänder nicht mit übergehen. Ebenso würde die Anweisungsannahme im zweiten Sinne mit der Schuldübernahme Ähnlichkeiten aufweisen. Doch dies sind Erscheinungen, die zwar in anderen Rechten vorkommen,[1]) unserem Leben aber ziemlich fremd bleiben; deshalb kann darüber hinweggegangen werden. Jedenfalls darf in allen diesen Fällen die beschränkte Verbindlichkeit nicht mit einer materiellen Verbindlichkeit verwechselt werden; denn die Beschränkungen beruhen hier nicht auf den wirtschaftlichen Zwecken des Anweisungsannahmegeschäftes, sondern auf besonderer Vereinbarung.

II. Der Bürge geht (bei der vertragsmäßigen Bürgschaft) insofern eine abstrakte Verpflichtung ein, als er sich dem Gläubiger verpflichtet, ohne Beziehung auf sein Schuldverhältnis zum Hauptschuldner. Dieses kann entweder so gemeint sein, daß er allenfalls die Schuld auf sich nimmt, also keinen Rückgriff hat (Selbstbürgschaft), oder so, daß er nur für den Schuldner eintritt, sich also den Rückgriff vorbehält (Rückgriffsbürgschaft), und beides kann wieder so gestaltet sein, daß er für die Bürgschaftsübernahme in der einen oder anderen Form eine Gegenleistung bekommt oder nicht (schenkweise, bezahlte Bürgschaft). Alles dieses tritt in dem Verhältnis zum Gläubiger nicht hervor, wenigstens regelmäßig nicht. Denkbar ist es allerdings, daß jemand die Bürgschaft nur übernimmt, soweit und sofern etwa eine Gegenleistungsverpflichtung des Schuldners gegen ihn entsteht, und daß er dem Gläubiger die Einrede aus diesem Sonderverhältnis entgegenhalten könnte. Dann würden sich Beziehungen bilden, ähnlich, wie bei einem Tauschvertrag zu Gunsten eines Dritten. Solche Verhältnisse kommen wenig vor und können darum außer Betracht bleiben.

---

[1]) Zeitschr. f. vgl. Rechtsw. XVII S. 207f.

III. Die Bürgschaft kann auch durch Schuldschöpfung erfolgen und gehört als solche dem Wechselrecht an. Sie kann auch Veranlassungs- und Abschwächungsbürgschaft sein. Alles dies rechtfertigt es, das Institut hier auszuscheiden und im besonderen Teil zur Darstellung zu bringen.

II. Materielle Verträge.

1. Allgemeines.

§ 85.

I. Die materiellen Verträge können Einseitigkeitsgeschäfte, Austausch- und Gemeinschaftsgeschäfte sein, und diese können sich jeweils auf Gegenstände, Gegenstandsgebrauch, Dienste, Werke beziehen. Die Gesetzgebung hat dieses Gebiet recht unvollkommen erfaßt.

II. Als Einseitigkeitsgeschäfte bestehen:
- Schenkung (in Bezug auf Gegenstände),
- Leihe (in Bezug auf Sachgebrauch) und unverzinsliches Darlehn,
- unentgeltliche Verwahrung, also Verträge in Bezug auf gewisse Gegenstands-, Dienst- und Werkleistungen. Das übrige fehlt.

III. Als Austauschgeschäfte bestehen:
- Austauschgeschäfte in Bezug auf Gegenstände (Kauf und Tausch, Teilung),
- in Bezug auf Gefahr (Risikoverträge), in Bezug auf Anerkennung (Vergleich);
- Miete und Pacht einschließlich Beherbergung (in Bezug auf Gegenstandsgebrauch) und verzinsliches Darlehn (in Bezug auf Wertgebrauch),
- Dienstvertrag (in Bezug auf Dienste),
- Werkvertrag (in Bezug auf Werkleistungen), entgeltliche Verwahrung,
- Auftrag (in Bezug auf Geschäftsbesorgung).

IV. Die Gemeinschaftsgeschäfte sind ohne jede Abteilung; Gegenstands-, Dienst-, Werkleistungen können hier in gleicher Weise vorkommen, ohne das Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses zu ändern.

V. Ein großer Unterschied besteht, je nachdem das Geschäft sich ohne weiteres erledigt oder daraus ein Rechtsverhältnis, d. h. eine Organisation von Leistungen und Gegenleistungen entsteht, welche sich erst allmählich durch Einwirkung von Rechtshandlungen entwickelt und Schritt für Schritt ihre Wirtschaftsaufgaben erfüllt.

VI. Einseitigkeitsverträge (unentgeltliche Geschäfte), Gegenseitigkeitsverträge mit und Gegenseitigkeitsverträge ohne anschließendes Rechtsverhältnis haben jeweils gewisse gemeinsame Grundsätze, die noch darzustellen sind.

2. Einseitigkeitsverträge.

§ 86.

I. Die unentgeltliche Zuwendung kann durch Gabe (Schenkung) erfolgen, für welche besondere Grundsätze gelten (S. 280f.). Sie kann aber auch in anderer Weise stattfinden, durch Benutzung irgend einer rechtlichen Verfügungsform, die der unentgeltichen Zuwendung Raum gibt, und zwar

1. durch Benutzung der Einrichtung der Stiftung, indem man bei Gründung einer Stiftung dieser gleichzeitig ein Vermögen zuwendet; und ferner dadurch, daß eine Stiftung nach Maßgabe ihres Stiftungszweckes den Stiftlingen Zuwendungen macht;

2. durch Benutzung der Einrichtung des Versprechens zu Gunsten Dritter;

3. durch Benutzung des Grundsatzes, daß gegenüber gewissen Zuwendungen, die bloß unter scheinhaftem Rechtsgrunde gemacht werden und daher an sich der Rückforderung offenständen, die Rückforderung aus besonderen Gründen ausgeschlossen ist, §§ 814, 815;

4. durch Benutzung des Grundsatzes, daß eine ersatzlose Dienstleistung keine Schenkung ist, §§ 685, 1618, 781;

5. durch Benutzung des Grundsatzes, daß eine maßvolle Kindesausstattung keine Schenkung ist, § 1624;

6. durch Benutzung des Grundsatzes, daß die Erfüllung eines Schenkungsversprechens nicht wieder Schenkung ist.

II. Für diese Fälle der unentgeltlichen Zuwendung kommen zwar nicht alle Grundsätze der Schenkung zur Anwendung; sie haben aber mit der Schenkung Folgendes gemein:

1. Es gilt der germanische Grundsatz: erst die Gläubiger, dann der Bedachte; daher können sie der Schuldanfechtung unterliegen,[1]) und ferner gilt für sie die besondere Bestimmung wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 816, 822 und 988.

2. Die Zuwendungen unterliegen gewissen Verfügungsbeschränkungen, die im B.G.B. teilweise für unentgeltliche Verfügungen überhaupt, teilweise ungenau nur für Schenkungen ausgesprochen sind, so namentlich was das eheliche Güterrecht, die väterliche und vormundschaftliche Verwaltung, das Recht des Vorerben und des Testamentvollstreckers betrifft, §§ 1446, 1641, 1804, 2113, 2205.

3. Die bei der Schenkung ausgesprochene Erleichterung in der Haftung, §§ 521f., muß auch hier gelten (vgl. § 1624).

4. Der Zuwendende hat, ebenfalls einem altgermanischen Gedanken entsprechend, eine gewisse Einwirkung auf das künftige Schicksal des Zugewendeten.

Er kann nicht nur eine Auflage verfügen, sondern auch bestimmen,

a) daß das Zugewendete einem bestimmten Kreis des ehelichen Vermögens zukomme, so dem Vorbehaltsgut und so auch dem eingebrachten Gut unter Ausschluß der Gütergemeinschaft. Auch eine Bestimmung derart ist möglich, daß das Zugewendete (bei der Errungenschaftsgemeinschaft) in das Gesamtgut falle. Vgl. §§ 1369, (1440), (1526), (1549), (1553).

b) Er kann bestimmen, daß das Zugewendete nicht in die väterliche Nutznießung gelange, § 1651.

c) Er kann auch bestimmen, daß das Zugewendete einer bestimmten Verwaltung unterliege, sofern und solange im übrigen das Vermögen unter elterlicher, vormundschaftlicher, pflegschaftlicher Gewalt steht; er kann die Befugnis des Verwalters erhöhen, er kann auch nachträglich eine Änderung der Bestimmung eintreten lassen. Vgl. §§ 1638, 1639, 1803, 1909, 1917.

---

[1]) Vgl. Leitfaden des Konkursrechts, 2. Aufl. S. 150f.; R.G. 29. März 1889 Entsch. V, S. 188.

Für Erfüllung eines Schenkungsversprechens gilt Nr. 4 nicht.

III. Gewisse Freigebigkeiten tragen den Freigebigkeitscharakter und, wenn es Schenkungen sind, den Schenkungscharakter nur in gemindertem Maße, sodaß eine Reihe der auf Freigebigkeitsnatur oder Schenkungsnatur begründeten Bestimmungen bei ihnen nicht zutrifft; nämlich

1. sie unterliegen nicht der Schuldanfechtung, § 32 K.O., § 3, Z. 3, Anfecht.Ges.,[1]) auch gelten nicht §§ 816, 822, 988;

2. sie stehen dem Ehemann (bezüglich des Gesamtguts), dem Vater, dem Vormund, dem Testamentsvollstrecker, dem Vorerben zu, §§ 1446, 1641, 1804, 2205, 2113. Und dasselbe muß vom Vorstand einer Aktiengesellschaft gelten;

3. sie unterliegen nicht der Rückforderung wegen Verarmung, sie unterliegen nicht dem Widerruf, § 534, nicht dem Pflichtteilsrecht, § 2330;

Es sind dies a) Freigebigkeiten, durch die man eine nicht natürlich-rechtliche, aber doch sittliche Pflicht erfüllt, z. B. Belohnung an den Lebensretter, Zuwendungen an den Wohltäter, Gegenschenkungen;

b) Anstandsschenkungen, d. h. Schenkungen, die als Bezeugung der Zufriedenheit für Dienstleistungen üblich sind und deren Unterlassung im Leben entweder als Kundgebung der Unzufriedenheit oder als „knickeriger“ Kleingeist gilt (so die üblichen Neujahrsgeschenke usw.).

3. Gegenseitigkeitsgeschäfte ohne Rechtsverhältnis.

a. Allgemeines.

§ 87.

I. Gegenseitigkeitsverträge werden regelmäßig als gegenseitige Schuldverträge verstanden. Sie können aber auch Verträge mit sofortiger Leistung sein, sodaß nicht eine Verpflichtung gegen Verpflichtung übernommen wird, sondern entweder

---

[1]) Hier ist allerdings nur von gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenken die Rede; dies ist aber seit dem B.G.B. sicher im Sinn des gesamten Rechts auszulegen. Besser wäre es allerdings gewesen, man hätte die Bestimmung dieser Gesetze dem Wortlaut des B.G.B.'s angepaßt.

1. eine Leistung des einen Teils gegen eine Pflichtübernahme des anderen gemacht wird, oder auch

2. eine Leistung des einen gegen eine Leistung des anderen. Man kann hier von Realverträgen sprechen. Dies ist nicht eine Eigentümlichkeit einiger besonderer Arten von Gegenseitigkeitsgeschäften, sondern es ist eine Erscheinung, die bei allen Gegenseitigkeitsgeschäften vorkommt, und die hier ebenso möglich ist, wie bei den Schenkungen und schenkungsartigen Geschäften, wo ohne Übernahme einer Verpflichtung eine sofortige Leistung erfolgen kann. Nichtsdestoweniger gehören alle diese Fälle wegen der miteintretenden Verpflichtungen in das Schuldrecht, wie dies bereits oben (S. 3) ausgeführt worden ist.[1])

II. Die Leistung, die auf solche Weise das eine Glied des gegenseitigen Vertrags bildet, kann eine Leistung aller Art sein; sie kann insbesondere eine Rechtsleistung sein: so ein dinglicher Vertrag, so ein Erlaßvertrag.

Im Fall der Rechtsleistung steht diese zum Geschäft nicht im Erfüllungsverhältnis, vielmehr ist hier die Rechtsleistung Teil des abgeschlossenen Geschäfts (oben S. 103f.). Daher der Grundsatz:

1. die Nichtigkeit der Rechtsleistung würde die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts bewirken, wenn dieses nicht durch die allenfallsige Pflicht der Nochmalsleistung aufrecht erhalten würde;

---

[1]) Eine verbreitete Lehre nahm an, daß gewisse Geschäfte ohne weiteres zu Realverträgen vorausbestimmt seien, andere zu „Konsensualverträgen"; so betrachtete man insbesondere das Darlehn als Realvertrag und nahm an, es müsse immer mit der Leistung beginnen, während man auf der anderen Seite Miete und Kauf stets als Konsensualverträge darstellte, bei denen, falls jemand eine Leistung gegen eine Gegenleistung gibt, diesem Geben wenigstens „fiktiv" stets eine Verpflichtung zu geben vorhergehen müsse. Beides ist unhaltbar, und die ganze Auffassung ist nur geschichtlich erklärlich; denn geschichtlich ist allerdings festgestellt, daß in vielen Fällen eine Verbindlichkeit nur entstand, wenn nicht bloß versprochen, sondern auch von der einen Seite geleistet war; auf der anderen Seite hat man an dem geschichtlichen Ergebnis, daß, namentlich beim Kauf, schon das beiderseitige Versprechen bindet, so krampfhaft festgehalten, daß man dabei verkannte, daß neben diesen Fällen auch solche vorkommen können, wo von einem bindenden beiderseitigen Versprechen nicht die Rede ist. Diese ganze Lehre beruht auf mangelhaftem Durchdringen des Rechtsstoffes: man hat sich aus dem Bann des Pandektenrechts nicht befreien können!

2. umgekehrt führt die Nichtigkeit des Geschäfts auch die Nichtigkeit der Rechtsleistung mit sich, was insbesondere wichtig ist, wenn es sich um unsittliche oder gesetzwidrige Verträge handelt: denn hier trifft die Nichtigkeit auch den dinglichen Vertrag, und das Eigentum geht daher nicht über (S. 103).

Abgesehen hiervon folgen diese Geschäfte, soweit nicht der Umstand der Sofortleistung eine notwendige Besonderheit herbeiführt, den Grundsätzen der gegenseitigen Schuldverträge.

III. Gegenseitige Verpflichtungen können auch in der Art gestaltet sein, daß der eine Teil (allenfalls) fest verpflichtet ist, der andere Teil aber nur nach seinem Belieben, sodaß es in seinem freien Willen steht, ob er eine gegenseitige Verpflichtung haben will oder nicht. Derartige Fälle hat das Vertragsrecht allmählich geschaffen. Es steht aber natürlich nichts im Wege, heutzutage außer den von dem Verkehr geprägten Fällen neue zu bilden; denn solches ist ein Mittel, um wichtige Lebensinteressen zu wahren. Auch das Aktien- und und das Börsenrecht hat sich mehr und mehr dieses wichtigsten Mittels bedient; man denke an die Prämiengeschäfte u. a.[1])

Lange Zeit wollte man hier mit dem Gedanken des Vorvertrages hantieren, als ob noch gar keine Vertragsverpflichtung bestünde, sondern der eine Teil lediglich berechtigt wäre, von dem anderen den Abschluß des Vertrages zu verlangen. Solche Vorverträge können vorkommen, allein sie decken das erwähnte Interesse nicht und sind nicht in der Lage, den Rechtserfolg mit solcher Vollkommenheit, Kürze und Bündigkeit herbeizuführen, wie die eben besprochene Gestaltung des Rechts; denn hiernach müßte doch immer noch nach dem Vorvertrag ein Hauptvertrag abgeschlossen werden, und wenn der Verpflichtete sich weigerte, so müßte erst ein gerichtliches Urteil den Hauptvertrag als abgeschlossen erklären. Das ist ein Umweg, den der Verkehr nicht erträgt. Vielmehr ist die Gestaltung hier so: es entsteht ein Rechtsverhältnis in der Art, daß beide Teile allenfalls verpflichtet sind, und daß, wenn der eine hierzu befugte Teil eine Erklärung abgibt, diese

---

[1]) Über das Börsenrecht vgl. oben S. 56; im Aktienrecht gehört hierher die Haftung des Zeichners gegenüber dem Ablehnungsrecht der Gründer.

allenfallsige Verpflichtung zu einer wirklichen wird; diese Erklärung ist eine Rechtshandlung auf Grund des geschaffenen Rechtsverhältnisses.

IV. Das B.G.B. enthält folgende Fälle:

1. den Kauf (überhaupt das Austauschgeschäft) auf Probe, § 495, in welchem Fall der Käufer (Eintauscher) innerhalb einer vereinbarten oder innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist die Erklärung über Zustandekommen oder Nichtzustandekommen der gegenseitigen Verpflichtung zu geben hat; hierbei gilt die Besonderheit, daß, wenn die (körperliche) Sache zum Zweck der Probe übergeben ist, der Ablauf der Frist, obschon ein neutrales Ereignis, den Käufer bindet: das Verschweigen steht in seiner Wirkung der Zustimmung gleich, § 496, und dieses Verschweigen findet statt, wenn die Erklärung nicht innerhalb der Frist vollzogen ist (also beim Verkäufer ankommt[1]);

2. wenn der Vertreter trotz Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht einen gegenseitigen Vertrag abschließt, der vom Geschäftsherrn nicht genehmigt wird, so kann der andere Teil, welcher den Mangel der Vertretung nicht kannte und in der Nichtkenntnis auch nicht in Fahrlässigkeit war, ihn als Vertragsgenossen behandeln, wie wenn er das Geschäft im eigenen Namen abgeschlossen hätte, § 179 (oben I, S. 557);

3. der Maklervertrag (§ 652) kann mit einem Auftragsvertrag verbunden sein, er kann aber auch so gestaltet sein, daß es im Belieben des Maklers steht, tätig zu werden und die Maklergebühren zu „verdienen". Auch sonst sind Werkverträge in der Art möglich, daß es jemandem freigestellt ist, das Werk zu schaffen, daß aber der andere Teil für diesen Fall die Gegenleistung fest zusagt; so Werkverträge über wissenschaftliche Arbeiten; ebenso Verlagsverträge;

4. auch das Vereinbarungs- (Konsensual-) Darlehn kann so gestaltet sein, daß der Darleiher, nicht aber der Entleiher gebunden ist.

V. 1. Die gegenseitigen Schuldverträge kennzeichnen sich durch ein ziemlich verwickeltes Abhängigkeitsverhältnis der Leistungspflichten.

---

[1]) Absendung genügt nicht, O.L.G. Bamberg 25. Juni 1901, Mugdan III S. 207 (oben I, S. 500): die Fälle, wo Absendung genügt (oben S. 25), sind Ausnahme.

Die Abhängigkeit der beiden Leistungspflichten ist
a) eine Abhängigkeit in ihrem sofortigen Sein,
b) eine Abhängigkeit in ihrer Geltendmachung,
c) eine Abhängigkeit in ihrem künftigen Sein, und zwar
α) Abhängigkeit kraft Schicksals,
β) Abhängigkeit kraft Parteiwaltens.

2. Hierzu kommt die Verbindung von Vertrag und Schuldschöpfung.

b) Abhängigkeit im sofortigen Sein.

α) Allgemeines.

§ 88.

Die Abhängigkeit im sofortigen Sein ist eine formelle und materielle:

1. eine formelle: verlangt das Entstehen der einen Verpflichtung eine Vertragsform, z. B. die Notariatsform wegen § 313, so ist sie für das Ganze, also auch für das Entstehen der anderen Verpflichtung erforderlich;

2. eine materielle, so was die Sittlichkeit und Möglichkeit des Verpflichtetseins betrifft: Unsittlichkeit oder Unmöglichkeit auf der einen Seite bewirkt Nichtigkeit des Ganzen. Bei teilweiser Nichtigkeit kommt § 139 in Betracht, und es steht dann in der Freiwahl dessen, der die Teilleistung bekommen sollte, ob er beim Vertrag stehen bleiben will oder nicht (S. 57). Auch die Anfechtung des einen Versprechens hat völlige Nichtigkeit zur Folge. Die auf einer unerlaubten Handlung, wie der Arglist, beruhende Einrede macht das Ganze unwirksam; und die in der Mangelhaftigkeit des Gegenstandes begründete teilweise Unmöglichkeit hat, wie bereits in S. 71 f. gezeigt, bei Austauschgeschäften, denen der Werkvertrag an die Seite tritt, zu den Einrichtungen von Wandelung und Minderung geführt.

β) Mängelgewähr.

αα) Allgemeines.

§ 89.

I. Der Austauscher hat zu gewähren, daß der Austauschgegenstand zum ordnungsgemäßen Gebrauch tauglich ist, und zwar tauglich in der Art, daß

1. der ordnungsgemäße Gebrauch möglich,

2. daß er nach den Grundsätzen der Polizeiverwaltung gestattet ist;[1]) er hat daher auch einzustehen, wenn ein Grundstück an sich bebauungsfähig, wenn aber wegen gewisser den Benutzern des Baues drohender Nachteile die Bebauung nicht oder nur beschränkt und bedingt zugelassen wird. Nicht hierher gehört es, wenn die Bebauung mit Rücksicht auf die Fluchtlinie oder mit Rücksicht auf die Umgebung untersagt oder beschränkt wird; denn dann liegt ein Mangel des Rechts vor, der, sofern es sich um eine allgemeine öffentliche Schranke handelt, nicht berücksichtigt wird, §§ 459, 436.[2])

II. Der Austauscher gewährt nicht nur die Tauglichkeit, sondern auch die Werteigenschaften, insofern gewisse Umstände auch im Fall der vollständigen Tauglichkeit des Gegenstandes dazu beitragen, seine Bedeutung im Verkehr zu mindern; so beispielsweise, wenn die Sache nicht von einer bestimmten Firma herrührt, nicht mit einer bestimmten Marke versehen ist, nicht bestimmte Sicherheitsmerkmale an sich trägt; so ist es beim Kauf alter Briefmarken nicht nur eine Beweissicherung, sondern auch ein den Verkehrswert beeinflussendes materielles Moment, daß sie mit dem alten Stempel versehen sind; so kann, auch wenn das Haus keinen Schwamm hat, schon die Schwammverdächtigkeit eine Eigenschaft sein, die den Wert beeinträchtigt, § 459.[3])

III. Tauglichkeit und Werteigenschaften sind nach der regelmäßigen Gestaltung des Gegenstandes zu beurteilen, wobei aber auch die Zusagen in Betracht kommen, welche dazu beitragen, den Gegenstand zu kennzeichnen.

IV. Unerhebliche Mängel bleiben außer Betracht § 459.

V. Das B.G.B. spricht nur von Mängeln der Sachen, §§ 459ff.: eine solche Mangelhaftigkeit kann aber auch bei anderen Gegenständen auftauchen, insbesondere:

1. bei Immaterialgütern, Erfindungen usw., die dem Rechte der beweglichen Sachen entsprechend zu behandeln sind;[4])

---

[1]) R.G. 21. März 1903, J. W. XXXII Beil. S. 68, 28. Oktober 1903, ib. S. 140.

[2]) R.G. 20. Mai 1903 Jur. Z. VIII S. 345, O.L.G. Stuttgart 15. Mai 1903 Mugdan VIII S. 58.

[3]) R.G. 20. April 1904, Jur. Z. IX S. 650.

[4]) Handb. d. Patentrechts, S. 585f.

2. bei Persönlichkeitsrechten, so wenn eine Unternehmung oder ein Geschäft übertragen wird;

3. bei Wertrechten oder vielmehr bei Gütern, welche den Wertrechten, namentlich den Aktienrechten zu Grunde liegen;

4. bei Forderungsrechten könnte die Zahlungsfähigkeit des Schuldners in Betracht kommen; jedoch besteht in dieser Hinsicht eine Haftung nur wegen Zusicherung und Arglist und nicht nach diesen, sondern nach anderen Grundsätzen, § 438.

In allen solchen Fällen wird die Art des vertauschten Gutes nicht nur durch die Naturerscheinung, sondern auch durch die gemachten Angaben gekennzeichnet; es spielen daher die Zusagen eine sehr große Rolle, wozu dann noch die Zusicherungen hinzutreten können. Wie weit solche Zusagen anzunehmen und wie sie aufzufassen sind, muß nach den Verkehrsverhältnissen des einzelnen Falles beurteilt werden.[1])

VI. Der Eintauscher hat im Fall der Mangelhaftigkeit die Freiwahl zwischen Wandelung und Minderung, er hat im Fall von Zusicherung und arglistigem Verschweigen noch weiter die Freiwahl, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren, §§ 462, 463.

VII. Diese Bestimmungen gelten prinzipiell von Austauschgeschäften aller Art, § 493; bei Versicherungsverträgen müssen sie allerdings gewisse Abänderungen erfahren, die hier nicht auszuführen sind. Bei anderen Gegenseitigkeitsgeschäften kommen teilweise ähnliche Rechtseinrichtungen in Betracht, aber doch mit so vielen Besonderheiten, daß eine gemeinsame Darstellung den Zwecken des Systems nicht entspräche.

VIII. Über die Besonderheiten des Pfandverkaufs ist im Sachenrecht zu handeln (§ 461 B.G.B., § 806 Z.P.O.).

ββ) Wandelung, Minderung und Schadensgewähr.

§ 90.

I. Die Wandelung ist eine Art des Rücktritts (daher S. 177), aber mit einer wichtigen Besonderheit: während sonst die Rücktrittserklärung unwiderruflich wirkt (I, S. 543), geht hier

---

[1]) Ziemlich im Dunkel tasten die Entsch. des R.G., was den Verkauf von Aktien betrifft, vgl. 5. November 1904, Bankarchiv IV, S. 89 und die dort zitierten weiteren Entscheidungen.

die Freiwahl so weit, daß auch die einmalige Erklärung der Wandelung noch abänderlich ist.[1]) Sie wird unabänderlich:

1. wenn der Vertragsgenosse sie angenommen hat, § 465, was aber nicht als Vertrag aufzufassen ist und nicht den Regeln des Vertrags unterliegt (oben I, S. 551);

2. wenn der Vertragsgenosse dem Eintauscher oder Käufer nach erfolgter Mangelerklärung „unter Erbietung zur Wandelung" eine Frist setzt und innerhalb dieser Frist die Wandelung stattfindet: in diesem Fall ist die Wandelung unwiderruflich: die Frist soll zur Erledigung der Sache führen, § 466;

3. wenn die Wandelung klageweise geltend gemacht wird und eine Rücknahme oder Änderung der Klage nicht mehr erfolgen kann: ein Übergang zur Minderung wäre, sofern nicht eine spätere Änderung dazu Veranlassung gibt (§ 268 Z. 3 Z.P.O.), als Klageänderung zu bezeichnen.[2]) Vgl. S. 58.

Ist die Wandelung unabänderlich geworden, so wirkt sie von dem Augenblick an, wo sie ausgesprochen worden ist, nicht etwa erst vom Augenblick der Unabänderlichkeit.[3])

II. Infolge der Wandelung besteht daher auf der einen Seite die Verpflichtung des Wandelnden, den Gegenstand (oder den Zustand) zurückzugeben (§ 346), auf der andern Seite die Verpflichtung des Vertragsgenossen, die Gegenleistung herauszugeben, beides natürlich mit entsprechenden Zinsen und Nutzungen nach den Regeln des Rücktrittsrechts, beides ferner in der Art, daß die Leistung und Gegenleistung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, und ferner in der Art, daß, wenn der Wandelnde mit der Rückleistung in Verzug kommt, ihm eine Frist gesetzt werden kann und nach Ablauf der

---

[1]) Vgl. auch O.L.G. Bamberg 21. März 1904 Seuffert 59, No 251.

[2]) Die Annahme, der Eintauscher habe nur einen Anspruch auf Abschließung eines Wandelungsvertrags, welchen Anspruch er klagend geltend machen müsse, wobei man allerdings großmütig genug ist, es zu gestatten, daß mit der Klage auf Vertragsabschließung sofort die Klage aus dem hieraus abgeschlossenen Vertrag verbunden werden könne, ist eine unpraktische Sonderbarkeit. Das R.G. hat 16. Sept. 1904 J.W. XXXIII S. 552 der Vertragstheorie bei der Wandelung jedenfalls keine praktische Bedeutung eingeräumt. Anders das in folgender Anmerkung erwähnte Urteil.

[3]) Unrichtig R.G. 21. Okt. 1904 Z. franz. Ziv.R. XXXVI S. 16 auf Grund der unrichtigen Vertragslehre.

Frist die Wandelung unwirksam wird für jetzt und für immer; so daß nun auch von einer Minderung nicht mehr die Rede sein kann: die Wahl war ja endgültig und bleibt endgültig, auch wenn die Wandelung zusammenfällt, § 467. Vgl. S. 179f.

III. Gegenüber dem Rücktritt gelten noch einige besondere Unterschiede, nämlich:

1. die Wandelung wird nicht ausgeschlossen durch eine Verarbeitung der Sache, sofern der Mangel erst bei (oder nach!) dieser Verarbeitung hervortritt, § 467 — sonst wäre die ganze Einrichtung unbrauchbar, da vielfach erst die Verarbeitung den Mangel aufweist;

2. der Vertragsgenosse des Wandelnden hat die Kosten des Vertrages, also die Kosten der Vertragserrichtung und der Vertragserfüllung zu ersetzen;[1])

3. wenn mehrere Gegenstände oder Zustandsleistungen in der Art zusammengehören, daß ein Auseinanderreißen die Interessen des einen oder des anderen Teils verletzte, so kann

a) der Wandelnde bezüglich aller wandeln,

b) sein Vertragsgenosse der Einzelwandlung eine Einrede entgegenhalten, welcher der Käufer nur dadurch entgeht, daß er die Gesamtwandelung erklärt, § 469; während in anderen Fällen allerdings die Wandelung teilweise geschehen kann,[2]) wobei dann ein entsprechender Teil der Gegenleistung zurückzugewähren ist, § 471, (634); vgl. I, S. 584;

4. die Bestimmung aber, daß die Wandelung bezüglich der Hauptsache auch die Nebensache ergreift, beruht auf allgemeinen Grundsätzen des Rücktritts und ist keine Besonderheit, §§ 470, (634);

5. wenn endlich behauptet wird, daß durch Benutzung oder Veräußerung das Recht der Wandelung ausgeschlossen werde, so ist ein solcher Satz, der zur Brachlegung von Arbeits-

---

[1]) Daß auch die Kosten der Rückbeförderung, O.L.G. Köln, 31. Dez. 1901, Mugdan IV S. 39, zu ersetzen sind, braucht nach obigem (S. 47f.) nicht besonders bemerkt zu werden, denn Erfüllungsort für die Wandelung ist der Ort, wo sich die Sache zur Zeit der Wandelungserklärung befindet.

[2]) Unrichtig O.L.G. Hamburg 11. April 1904, Mugdan VIII S. 447.

mitteln führt, an sich abzulehnen, auch durch unsere Rechtsordnung in keiner Weise anerkannt.[1])

IV. Auch für die Minderung gilt die Freiwahl; nur daß, wenn der Gegner eine Frist für die Wandelung bestimmt und diese fruchtlos bleibt, die Wandelung ausgeschlossen ist; eine einmalige Minderung aber macht ein späteres Vorgehen wegen neu entdeckter Mängel nicht unmöglich, §§ 466, 475.

V. Die Minderung (Preisminderung) ist eine Bruchteilsminderung bezügl. der Gegenleistung nach Maßgabe des Minderwertes der Fehlersache im Vergleich zur fehlerlosen Sache; also eine Herstellung des Gleichgewichts unter voller Aufrechterhaltung der gemachten Spekulation: ist für einen Gegenstand, der, wenn fehlerlos, 600 wert ist, 700 bedungen, so führt die Minderung, falls er in der Tat halb so viel wert ist, auf 350, nicht auf 300. Darin liegt die Stärke, aber auch die Schwäche der Minderung; denn die Gründe, die mich veranlassen, die fehlerlose Leistung über Gebühr zu bezahlen, werden nicht notwendig dahin führen, daß ich auch die fehlerhafte Sache zu hoch vergüte. Daher könnte die Einrichtung der Minderung allein nicht genügen, um der Gerechtigkeit zu entsprechen, während sie andererseits im großen Verkehr unentbehrlich ist.[2])

VI. Maßgebend ist das Wertverhältnis zwischen fehlerhafter und fehlerloser Sache zur Zeit des Geschäftsabschlusses, denn diese ist für die Preisbildung maßgebend; bei beiden allerdings unter Berücksichtigung dessen, daß möglicherweise die Lieferung erst in der Zukunft geschieht: hier sind die Wertverhältnisse einer erst in Zukunft zu liefernden Ware, und zwar die Wertverhältnisse, welche eine derartige künftig zu liefernde Ware beim Geschäftsabschluß hat, maßgebend, § 472.

Einige Schwierigkeiten ergeben sich, wenn nur ein Teil der Ware zur Minderung Anlaß gibt: in diesem Fall ist der volle Gesamtwert mit dem geminderten Gesamtwert zu vergleichen und in diesem Verhältnis die Gegenleistung herabzusetzen; ferner in dem Fall, daß die zu mindernde Gegenleistung nicht aus

---

[1]) Vgl. O.L.G. Marienwerder 4. Febr. 1902 Seuffert 57, Nr. 144; unrichtig dasselbe O.L.G. 19. April 1904 Recht VIII S. 314, O.L.G. Köln, 14. Dez. 1903 Z. f. franz.R. XXXV S. 54; teilweise richtig R.G. 12. April 1904 J.W. XXXIII S. 290.

[2]) Encyclop. I S. 673.

vertretbaren Sachen besteht: hier kann die Minderung nicht durch Herabsetzung der Leistung auf einen Bruchteil geschehen, sondern regelmäßig ist durch entsprechende Wertausgleichung zu helfen, §§ 472, 473.

VII. Daß bei Gattungssachen Wandelung und Minderung einen ganz anderen Charakter habe, ist bereits oben (S. 74) betont worden. Auch wurde bereits (S. 108) hervorgehoben, daß der Eintauscher in solchem Fall die weitere Möglichkeit hat, unter Rückgabe der empfangenen Sache eine andere zu verlangen, welche Rückgabe in der Weise des Rücktrittes und nach den Grundsätzen der Wandelung geschieht. Außerdem haftet hier (wie oben S. 74 ausgeführt) der Schuldner auch dann für Schadenersatz, wenn er bei Auswahl des gelieferten Stückes auch nur fahrlässig gehandelt hat; denn er hat in seiner vertragsmäßigen Tätigkeit die nötige Sorgfalt zu wahren; dies ist in § 480 nicht verneint, sondern vorausgesetzt.[1])

VIII. Eine Verpflichtung zur Verbesserung der mangelhaft gelieferten Sache übernimmt der Austauscher nicht, weil er der Sache nicht notwendig als Erzeuger gegenüber steht — ganz anders als beim Werkvertrag; doch muß man immerhin gestatten, daß er durch Eigentätigkeit den Mangel hebt, und wenn dies in entsprechend kurzer Zeit geschieht, sodaß kein Interesse des Eintauschers entgegensteht, muß eine solche verbesserte Leistung einer sofort vertragsmäßigen gleichstehen.[2]) Kann ja doch auch der Schadenersatz wegen Nichterfüllung (im Fall der Arglist oder falschen Zusicherung) in einer Sachherstellung bestehen.[3])

IX. Zusicherung von Eigenschaften ist nicht bloße Zusage, hat also nicht bloß die Bedeutung, daß damit der Gegenstand als ein dergestaltetes Objekt des Vertrags gekennzeichnet werden soll, sondern sie enthält die Erklärung, daß der Zusichernde für allen aus dem Nichtvorhandensein der Eigenschaften entstehenden

---

[1]) Vgl. R.G. 13. Juli 1902, 19. Dez. 1902 Entsch. 52, S. 18; Entsch. 53, S. 200; 27. Nov. 1903 (1902?) Z. franz. Ziv.R. XXXV S. 327, J.W. XXXIII S. 60.

[2]) Kammergericht 19. Nov. 1903 Mugdan VIII, S. 65; unrichtig O.L.G. Frankfurt, 27. Mai 1904, Mugdan IX, S. 285. Die Befugnis kann vertragsmäßig ausbedungen werden, R.G. 11. Okt. 1904, Monatsschr. f. Handelsr. XIV, S. 84. Bei Käufen von Maschinen, Klavieren dgl. aus einer Fabrik ist regelmäßig Ausbesserungsbefugnis und -pflicht vorbehalten.

[3]) Vgl. auch O.L.G. Hamburg 19. Okt. 1901, Mugdan IV S. 37. R.G. 24. Okt. 1902, Seuffert 58 No. 118.

Schaden einstehe. Es bleibt aber natürlich dem anderen Teil vorbehalten, die Zusicherung als bloße Zusage zu behandeln, als ob dadurch bloß der Gegenstand gekennzeichnet würde, sodaß also bei Nichtvorhandensein Wandelung oder Minderung eintritt. Eine Sache gesunder Vertragsbehandlung aber ist es, im einzelnen Falle zu beurteilen, ob Zusicherung oder bloß Zusage vorliegt; hierbei müssen die Verkehrsgebräuche ins Auge gefaßt werden: die bloßen Worte sind nicht entscheidend. Möglicherweise handelt es sich auch nicht einmal um eine Zusage, sondern nur um allgemeine Anpreisungen, welche nicht den Zweck haben, eine sichere Erwartung zu erwecken, sondern nur den Abnehmer in Stimmung zu bringen und auf diese Weise suggestiv auf ihn zu wirken.[1]) Vgl. S. 238.

X. Die Zusicherung kommt, wie die Zusage, nicht nur in Bezug auf gegenständliche, sondern auch in Bezug auf wirtschaftliche Eigenschaften in Betracht; so was die Ertragsfähigkeit eines Geschäfts, einer Zeitungsunternehmung, die Einträglichkeit eines Miethauses betrifft usw.[2]), so die Gewinnanteilsgewähr bei Aktien[3]) u. a. So auch die Zusicherung einer bestimmten Brandeinschätzung.[4])

Bei Grundstücken, ist auch die Flächengröße in Rücksicht zu nehmen; doch ist hier die Gewähr, was die Wandelung betrifft, gemindert, § 468.

XI. Eine besondere Art der Zusicherung liegt im Kauf nach Probe, indem hier die Eigenschaften der Probe zugesichert werden, § 494, natürlich sofern und soweit im Verkehr auf eine volle (oder annähernde) Gleichheit Wert gelegt wird.[5])

XII. Die Zusicherung richtet sich nach dem Sinne des Verkehrs; im übrigen kommt auf Erheblichkeit des Mangels nichts an: was zugesichert wird, ist erheblich, § 459.

[1]) Über Zusage und Zusicherung vgl. O.L.G. Posen 8. Febr. 1904 und Frankfurt 28. Jan. 1904, Mugdan VIII, S. 448, IX, S. 1, Karlsruhe 24. Mai, 4. Juli 1905 Bad. Rechtspr. 71 S. 227, 242.

[2]) R.G. 7. Juni 1902, Seuffert 58 No. 3, 11. Juli 1903, J.W. Beil. XXXII S. 118, O.L.G. Kiel 29. Juni 1903, Mugdan VIII S. 65, O.L.G. Dresden 30. Januar 1903 ib. S. 66.

[3]) Unrichtig R.G. 7. Mai 1904, Bankarchiv IV S. 89. Vgl. oben S. 238.

[4]) R.G. 1. April 1903, Entsch. 54, S. 219, 222.

[5]) Vgl. R.G. 9. Dezember 1902, Monatsschr. f. Hand.-R XII S. 182; Ob.-Gerichtshof Wien Seuffert 57 No. 5.

XIII. Im Fall der Zusicherung tritt nicht nur die gewöhnliche Gewähr, sondern die Schadensgewähr ein (S. 243); das Gleiche gilt auch bei arglistigem Verschweigen, denn der Verschweiger wird gesetzlich so behandelt, als ob er zusicherte, daß diejenigen Mängel, die er verschweigt, nicht vorhanden wären: das Verschweigen ist nicht ein bloßes Schweigen, sondern ein Schweigen in einer Weise und unter Umständen, welche es als ein Verdecken, Verhüllen des Mangels darstellen, § 463.[1])

XIV. Für den Schadensersatz gelten die gewöhnlichen Grundsätze, auch nach der Richtung, ob der Käufer neben der Fehlersache Geldentschädigung verlangen kann, oder statt ihrer (S. 126), ob Sachersatz oder Wertersatz (S. 242).

XV. Für alle diese Ansprüche, auch aus Zusicherungen (abgesehen vom arglistigen Verschweigen), auch für die besonderen Ansprüche bei Gattungsschulden gelten kurze Verjährungen von 6 Monaten (bei Grundstücken einem Jahr, bei Werkverträgen, in einem Fall, 5 Jahren), §§ 477, 638.

Die Verjährung beginnt mit der Ablieferung bezw. Übergabe. Ablieferung ist nicht gleich Eigentumsübergabe, sie liegt auch nicht in jeder Besitzübertragung, sondern nur in einer Besitzübertragung, welche den Empfänger zum unmittelbaren Besitzer macht, daher insbesondere nicht in der Besitzauftragung *(constitutum possessorium)*. Bei Grundstücken muß das gleiche gelten (die Verschiedenheit des Ausdrucks in § 477 rührt daher, daß man bei Grundstücken nicht von Ablieferung spricht). Ist die Sache nicht abgeliefert, sondern nach der Versendung untergegangen (§ 447), so beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, an dem die Ablieferung sachgemäß hätte geschehen sollen (oben S. 107f.); vgl. auch §§ 414, 439 H.G.B.

Diese kurzen Verjährungen haben zu gleicher Zeit die Aufgabe, die Haftung für Mängel in der Art zu begrenzen,

[1]) Dieses Verschweigen ist daher anders geartet, als das Verschweigen in §§ 524, 600, wo nicht von einer Haftung für Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern von einer Haftung für den aus dem Schweigen hervorgehenden Schaden die Rede ist; die Haftung von § 524, Abs. 1 und § 600 ist, wie oben (S. 89f.) hervorgehoben, nicht Vertragshaftung, sondern (geminderte) Haftung für unerlaubte Handlung. Daß eine Vereinbarung über arglistiges Verschweigen nichtig ist (§ 276 vgl. auf 443), bedarf nicht der Erwähnung.

daß, wenn solche erst später ersichtlich werden und daher früher gar nicht geltend gemacht werden konnten, die Verjährung doch abläuft. Das ist auch der Grund, warum hier von der Bestimmung, daß die Verjährungsfrist nicht verlängert werden kann (§ 225), eine Abweichung gilt, §§ 477 und 638; denn es muß in Fällen, wo voraussichtlich der Fehler erst später hervortritt, gestattet sein, sich auch in dieser Beziehung zu decken: Gewährsübernahme.

Eine Verlängerung kann sich auch aus den Umständen ergeben; so vor allem aus Zusicherungen, die sich erst in der Zukunft verwirklichen können.

Über Unterbrechung und Hemmung s. oben I, S. 246, 252.

Nach Ablauf der Verjährung ist noch die Einrede von Wandelung, Minderung und Schadensersatz möglich, aber (von der Arglist abgesehen) nur wenn der Mangel durch Anzeige (Anzeigeabsendung) innerhalb der Verjährungsfrist gerügt worden ist, §§ 478, 479.[1])

XVI. Eine unverzügliche Anzeige- und eine Untersuchungspflicht findet sich im bürgerlichen Rechte regelmäßig nicht;[2]) man hält den Austauscher durch die kurze Verjährungsfrist für genügend geschützt. Diese Pflicht gilt auch im Handelsrecht nur bei zweiseitigen Handelsgeschäften, § 377 H.G.B., was ein grober Fehler ist: es ist allerdings begründet, daß, wenn der Käufer ein Nichtkaufmann ist, ihm eine derartige Untersuchungspflicht nicht obliegt: nur dem Kaufmann eignet eine solche Sorgfalt. Nach dem HGB. aber entsteht das mißliche Ergebnis, daß, wenn der Kaufmann von einem Nichtkaufmann kauft, auch der Kaufmann keine Untersuchungspflicht hat; was gegen den Sinn unserer Lebensverhältnisse verstößt und einer der vielen Mängel des Handelsgesetzbuchs ist. Über § 464 s. S. 176, 367.

---

[1]) Der § 479 enthält eine Minderung des Einrede-, nicht eine Erstreckung der Aufrechnungsbefugnis: von einer Aufrechnung gegen eine fremde Forderung ist nicht die Rede, OLG. Hamburg, 4. Febr. 1903, Mugdan VIII S. 73, namentlich aber RG. 27. Nov. 1903, Z. franz. Civ.R. XXXV S. 327, 330f. Vgl. S. 213.

[2]) Vgl. RG. 8. Dez. 1902 Jur. Z. VIII S. 83. Abgesehen natürlich von der Bestimmung über Haustiergewähr (S. 246).

γγ) Mängelgewähr bei Haustieren.

§ 91.

I. Bei der Gewähr für Tiermängel, d. h. für Mängel gewisser in § 481 bezeichneter Haustiere gilt nicht das gewöhnliche, auf die besonderen Umstände Rücksicht nehmende Billigkeitsrecht, sondern ein strenges Durchschnittsrecht, das zu einfachen und schlichten Ergebnissen führt und viele unerquickliche Streitigkeiten abschneidet; es gilt aus gesellschaftlichen Gründen, weil derartige Zwiste für den einzelnen vielfach verderblich sind und die Verhältnisse des Kleinhandels vergiften. Darum der Grundsatz:

1. Der Austauscher haftet nur für sogenannte Hauptmängel, für andere Mängel (Vertragsmängel, sonstige Mängel) nur, sofern er die Haftung (unmittelbar oder durch Zusicherung) besonders überommen hat, §§ 482, 492; daneben bleibt die Haftung wegen Arglist bestehen.[1])

2. Er haftet nur, wenn der Mangel während der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Gewährfrist (§ 483) hervortritt, dann aber mit der Vermutung, daß der Mangel bereits vor Eintritt der Gewährfrist begründet war, §§ 484, 486.[2]) Dies gilt für Hauptmängel, es gilt aber auch für Vertragsmängel, wenn für sie eine Gewährfrist vereinbart wird, §§ 482 f., 492; es gilt für Hauptmängel auch dann, wenn Freiheit von Hauptmängeln zugesichert ist: denn diese Zusicherung ist eine Zusicherung mit Bezug auf die gesetzliche Gewährfrist, vgl. § 490.

Außerdem 3. besteht (soweit eine Gewährfrist gilt) eine Anzeigepflicht in sehr kurzer Frist, ansonst das Recht des Käufers erlischt (in zwei Tagen nach Ablauf der Gewährfrist oder nach dem Tod des Tieres) § 485; fehlt es (bei Zusicherung) an der Gewährfrist, dann bedarf es solcher Anzeige nicht, aber selbstverständlich bedarf es dann der Anzeige der §§ 478, 479, innerhalb der Verjährungszeit, um die Einrede zu wahren, § 492.[3])

---

[1]) Unrichtig OLG. Augsburg 16. April 1903 Mugdan VIII S. 73.

[2]) Über Hauptmängel und Gewährfrist bestimmt (nach § 482) eine VO. v. 27. März 1899.

[3]) Der § 492 in Verbindung mit § 490 Abs. 3 ist ungenau gefaßt; allein § 490 Abs. 3 steht mit § 485 im genauesten Zusammenhang und gilt daher nur, soweit dieser gilt. Im übrigen ist auch hier die Anzeigeabsendung der Anzeige gleichgestellt, § 485 (vgl. 478). Vgl. S. 25, I S. 584.

4. Die Verjährung und die damitzusammenhängenden Fristen sind noch außergewöhnlich verkürzt: statt 6 Monaten 6 Wochen vom Ablauf der Gewährfrist, und wenn keine Gewährfrist besteht, von der Ablieferung (wirklichen Übergabe) an, §§ 490, 492. Übrigens kann auch diese Frist vertragsmäßig verlängert werden; und wenn es sich um Zusicherung von Eigenschaften handelt, die sich regelmäßig erst in späterer Zeit darstellen, so ist eine solche Verlängerung ohne weiteres anzunehmen (z. B. die Zusicherung der Trächtigkeit), §§ 486, 490, 477.

5. Es gilt nur Wandelung, nicht Preisminderung, welche Wandelung aber etwas erweitert ist, nämlich

a) sie findet stets statt, obgleich das Tier — unter Verantwortlichkeit des Käufers — untergegangen ist, wobei der Wert vergütet wird;

b) der Käufer ist dadurch begünstigt, daß er nur solche Nutzungen, die er gezogen hat, ersetzen muß und andererseits für die Fütterungs- und Pflegekosten, auch für die durch Krankheit und Tod herbeigeführten Kosten vollkommen Ersatz erlangt, für sonstige Kosten nach den Grundsätzen der Menschenhilfe[1]), §§ 487, 488;

c) sodann hat jeder Teil den Beihilfeanspruch auf die öffentliche Versteigerung des Tieres, so § 489; dieser kann zu einem Antrag auf einstweilige Verfügung Anlaß geben: solcher bedarf bei obschwebendem Rechtsstreite keiner weiteren Begründung.

II. Außerdem gilt das Recht auf Schadensersatz im Falle der besonderen Zusicherung, ferner gilt, wenn es sich um Gattungsverpflichtungen handelt, der Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Tieres; aber auch in diesen Fällen sind die Fristen in entsprechender Weise verkürzt, §§ 490, 491.

c) Abhängigkeit in der Geltendmachung.

§ 92.

I. Die Abhängigkeit in der Geltendmachung zeigt sich in der sogenannten Einrede des nichterfüllten Vertrags, von welcher bereits oben I S. 192f. die Rede war.

Auch das wurde bereits (I S. 575) angedeutet, daß, wenn der eine Teil zur Vorleistung verbunden ist, hierbei die Voraussetzung gilt, daß der andere Teil sich nicht in seinen Vermögens-

[1]) OLG. Dresden 16. April 1908, Mugdan VIII S. 74.

verhältnissen, in der Zeit von der Vertragschließung an, wesentlich verschlechtert, in einer solchen Weise, daß der Anspruch auf Gegenleistung gefährdet wird (bezw. erheblich mehr gefährdet wird als früher); sonst kann der zur Vorleistung Verpflichtete, solange nicht Gegenleistung oder Sicherheit gegeben wird, die Vorleistung verweigern, § 321 (vgl. § 610).

II. Der § 321 gibt eine Einrede, kein Recht auf Sicherheit gegen den anderen Teil, allein er bewirkt, daß dieser andere Teil in Gläubigerverzug ist, wenn er nicht nach erfolgtem Leistungsangebote des Schuldners Sicherheit leistet, wie dies bereits oben (S. 200) ausgeführt wurde.[1])

III. Im übrigen ist auf S. 29f., 340 zu verweisen.

d) Abhängigkeit im künftigen Sein.

α) Abhängigkeit kraft Schicksals. Gefahrsübergang.

§ 93.

I. Die Abhängigkeit beider Leistungspflichten von einander in Bezug auf die Schicksalsfügung dauert solange, bis beide Verpflichtungen unter Dach und Fach gebracht sind, also bis zur Befriedigung; sodaß, wenn die eine vorher unmöglich wird, auch die andere wegfällt, oder, wie man zu sagen pflegt, die Gefahr regelmäßig erst mit der Befriedigung übergeht: eine Verselbständigung der einen Verpflichtung, in der Art, daß sie auch bei Wegfall der anderen fortbestehen bleibt, findet also regelmäßig nicht statt; so überhaupt § 323; so namentlich, was den Kauf (und überhaupt die Austauschgeschäfte) betrifft, § 446.[2])

---

[1]) Vgl. darüber auch OLG. Hamburg 7. Oktober 1902, 14. Oktober 1902, Mugdan VI S. 44f.

[2]) Dies ist nicht überall so im Rechte der Völker. Es kommt darauf an, ob man die Gegenseitigkeit so sehr spannt, daß das Gegenseitigkeitsverhältnis bis zur Befriedigung fortdauert, oder ob man in einem bestimmten Augenblick abbricht und in diesem Augenblick die Verpflichtungen so verselbständigt, daß die eine ohne die andere fortbestehen kann. Hier gibt es durchaus keine allgemein gültige Regel, sondern jede Rechtsordnung wird die Frage für sich beantworten. Eine Reihe von Rechten, insbesondere auch das römische und gemeine Recht, nahm an, daß mit dem Augenblick des Gegenseitigkeitsvertrages, vor allem mit dem Augenblick des Kaufabschlusses, beide Verpflichtungen sich so verselbständigten, daß die eine fortdauerte, wenn auch die andere infolge des Untergangs des Gegenstandes erlosch. Daher stellte man den Grundsatz auf, daß mit der Zeit

II. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze liegt nicht darin, daß bei vertragsgemäßer Übersendung vom Erfüllungsort an einen anderen Ort die Gefahr schon mit der Übersendung übergeht; denn der Austauscher hat nicht die Verpflichtung, über den Erfüllungsort hinaus die Gefahr zu tragen, und wenn der Eintauscher, anstatt die Sache am Erfüllungsort anzunehmen, sie sich einsenden läßt, so ist dies etwas, was den andern Teil nicht belasten kann, § 447. Eine Ausnahme liegt auch nicht darin, daß bei bedingtem Kauf die Gefahr nicht mit der Übergabe, sondern erst mit Eintritt der Bedingung übergeht, da erst hiermit die Übergabe einen endgültigen Erfüllungscharakter annimmt; was übrigens vom Kauf mit Eigentumsvorbehalt nicht gilt, da hier der Kauf unbedingt ist, wenn auch mit Rücktrittsrecht, § 455, weshalb hier die Gefahr sofort übergeht.[1]) Eine Ausnahme liegt auch nicht darin, daß, bei beweglichen Sachen, wenn das Eigentum durch Besitzauftragung („Konstitut") übergeht, die Gefahr mit dem Konstitut auf den Erwerber fällt; denn hierdurch erwirbt der Käufer Eigentum, und das ist das wesentliche. Und das Gleiche gilt bei Grundstücken: hier geht die Gefahr über, sobald der Eintrag ins Grundbuch stattgefunden hat, denn damit ist die Hauptleistung geschehen, § 446. Vgl. S. 15.

Dagegen ist es 1. eine Ausnahme von der Regel, daß bei Grundstücken schon die bloße Besitzübergabe die Abwälzung der Gefahr bewirkt, obgleich damit das Eigentum nicht übergeht und somit der wesentliche Teil der Erfüllung fehlt. Dies ist eine Milderung, und der Grund der Milderung (§ 446) liegt darin, daß der Käufer, wenn auch nicht in das

---

des Kaufabschlusses die Gefahr auf den Käufer übergehe, d. h. daß er zu seiner Gegenleistung verpflichtet sei, auch wenn der Verkäufer infolge Untergangs der Sache von seiner Leistung befreit werde; man nahm an, daß schon in jenem Augenblick der den Kaufgegenstand betreffende Interessenkreis auf den Käufer übergehe und aus dem Vermögen des Verkäufers ausscheide; weshalb auch die Früchte dem Käufer von diesem Augenblick an gebührten. Anders in germanischen und anderen Rechten: sie lassen die Gegenseitigkeit weiter fortbestehen bis zur Befriedigung, sodaß, wenn nachträglich die eine Leistung unmöglich wird, auch die andere wegfällt. So auch unser heutiges Recht.

[1]) O.L.G. Kolmar 11. Febr. 1904, Z. f. franz. Z.R. XXXV S. 154.

Eigentum, doch bereits in den Genuß der Sache gesetzt ist und ihm somit etwas Bedeutungsvolles zukommt.

Eine 2. Ausnahme ist gegeben, wenn es sich um die Übertragung einer juristischen Sachgemeinschaft handelt; hier treten die Gesamtheitsgrundsätze ein, von denen im Erbrecht zu handeln ist, § 2380.

III. Die Frage, ob bei Untergang der Sache der Kaufpreis für den mehrfach verkauften Gegenstand mehrfach geschuldet sein könne, eine Frage, welche das römische Recht bewegte, kann sich unter dem bürgerlichen G.B. regelmäßig nicht erheben. Doch wäre der Fall möglich 1. bei Grundstücken, sofern hier die Gefahr sowohl durch Besitzübertragung als auch durch Grundbucheintrag übergeht: hier ist es denkbar, daß dem einen übertragen, dem anderen eingetragen wird, und daß sodann das Grundstück vollkommen untergeht, z. B. durch Überflutung, durch Wegreißung des Geländes u. a. Hier muß man aber sagen: zu zahlen hat, wer Eigentümer wird; der Haupterwerb ist also derjenige, welcher sich durch Grundbucheintrag vollzieht, und dieser muß entscheiden. Daß schon mit der Besitzübertragung die Gefahr übergeht, ist eine Milderung in der Lage des Verkäufers, die aber nicht dazu führen kann, ihm einen doppelten Kaufpreis zu verschaffen.

Ein solcher Fall wäre 2. bei beweglichen Sachen in der Art möglich, daß die Sache dem einen durch Besitzauftragung übereignet würde, dem anderen durch die wirkliche Übergabe. Hier hat derjenige den Vorzug, der Eigentümer wird, daher mitunter der zweite Erwerber, wenn er in gutem Glauben erwirbt: er hat daher auch, wenn etwa die Sache untergeht, den Kaufpreis zu zahlen. Vgl. S. 15.

IV. Der Unmöglichkeit steht auch das Befriedigtsein des Gläubigers durch das Schicksal gleich, sofern die Befriedigung ohne Leistung des Schuldners erfolgt: hier fällt die Leistung weg, daher auch die Pflicht der Gegenleistung (S. 220f.).

V. Tritt innerhalb der maßgebenden Zeit die Unmöglichkeit teilweise ein, so mindert sich die Gegenleistung, und zwar in der Art, daß, wenn sie nicht in Geld oder vertretbaren Sachen besteht, die Minderung nicht im Stück, sondern durch Wertausgleichung erfolgt. Anzurechnen ist natürlich stets das, was der Käufer (nach § 281) als Ersatz erlangt hat, §§ 323, 473.

β) Abhängigkeit kraft Parteiwaltens. Verzug.

§ 94.

I. Wenn durch ein vertretbares Verhalten von der Schuldnerseite die Leistung unmöglich wird, so kann der Gläubiger die Gegenleistung als wegfallend oder als gemindert erklären, wie wenn die Leistung durch Zufall ganz oder teilweise unmöglich geworden wäre; wobei das Anrecht auf den Ersatzwert (§ 281) mit in Betracht kommt (so daß hierdurch die Unmöglichkeit sich verringert oder ganz aufhört); er hat aber auch einen Schadenersatzanspruch, welchen er in der Art geltend machen kann, daß der Schadensersatz an Stelle der geschuldeten Leistung tritt: in diesem Fall natürlich bleibt seine Gegenleistungspflicht bestehen. Oder aber der Gläubiger kann zurücktreten, was zwar im allgemeinen, aber nicht in allen Einzelheiten mit der ersterwähnten Maßnahme zusammenstimmt; insbesondere kann er im Falle der teilweisen Unmöglichkeit, falls diese eine volle Interessenunmöglichkeit darstellt, ganz zurücktreten; er kann in diesem Falle auch, unter Rückgabe des Geleisteten, anstatt des Schadensersatzes für den nicht geleisteten Teil, Schadensersatz für volle Nichtleistung verlangen; was nicht unbillig ist, da die teilweise Unmöglichkeit vom Schuldner herrührt, §§ 325, 323. Vgl. S. 126.

II. Auch in gewissen Fällen der Verzeitung ist ein Rücktrittsrecht gegeben, vor allem beim Verzug. Hiervon ist bereits in der Lehre von der Verzeitung die Rede gewesen (S. 85f.). Für den Verzug aber kommt die allgemeine Befugnis in Betracht, eine Frist für die Leistung zu setzen, mit der Wirkung, daß eine verspätete Leistung von selbst als eine für den Gläubiger unbrauchbare erscheint, ohne daß diese Frage weiter in Erörterung kommt: es entscheidet lediglich die Erklärung des Gläubigers. Entsprechend hat daher der Gläubiger nach fruchtlosem Fristablauf den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und die Befugnis des Rücktritts. Verlangt er Schadenersatz wegen Nichterfüllung, so bleibt grundsätzlich der Vertrag bestehen: er erlangt Schadensersatz und hat seinerzeit die Gegenleistung zu erfüllen, § 326.

Praktisch von der größten Wichtigkeit aber ist die Frage, ob der Gläubiger auch dann, wenn er zurücktritt, Schadensersatz verlangen kann; denn der Rücktritt wird ihm sehr

häufig als das geeignetere Mittel erscheinen, weil er dadurch seine Gelder frei macht und sich anderwärts decken kann: die Versagung des Schadenersatzes in solchem Falle wäre für ihn ein Unrecht: er wäre in die Lage gesetzt, entweder sein Geld einem mißglückten Vertragsverhältnisse opfern oder auf Entschädigung verzichten zu müssen.[1])

Die richtige Beantwortung der Frage aber ergibt sich aus den Bestimmungen über Verzug, § 286: hiernach hat der Schuldner im Fall des Verzugs den vollen Schaden zu vergüten, der aus dem Verzug hervorgeht: ein solcher Schaden ist es aber auch, wenn infolgedessen der Gläubiger zum Rücktritt veranlaßt wird und dadurch Nachteil erleidet: diesen Nachteil hat ihm darum der Schuldner zu vergüten. Natürlich ist dieser Rücktrittschadenersatz wohl zu unterscheiden von dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung, welcher nach dem Werte der gegnerischen Erfüllung berechnet wird, während hier das Gesamtergebnis des Geschäfts in Betracht kommt und der Geschädigte den Betrag des erwarteten Nettogewinns beansprucht.

III. Die Rücktrittsbefugnis erleidet bei Austauschgeschäften eine bedeutende Ausnahme, sofern die Gegenleistung gestundet und der Gegenstand bereits übertragen ist. In diesem Falle soll bei Verzug in der gestundeten Gegenleistung der übertragene Gegenstand übertragen bleiben, d. h. es soll ein die Rückübertragung dieses Gegenstandes herbeiführender Rücktritt nicht stattfinden. Vorausgesetzt ist, daß es sich um einen Gegenstand, nicht um bloßen Wert (Geld) handelt, § 454. Der Grund liegt darin: die Rückläufigkeit der Ware soll dann vermieden werden, wenn der Warenleistende selbst durch Stundung der Gegenleistung zu erkennen gegeben hat, daß die Warenlieferung ohne Rücksicht auf die Gegenleistung fest und stät sein soll.

Daraus ergibt sich:

1. Die Ausnahme muß für den Verzeitungsrücktritt wie für den Verzugsrücktritt gelten, §§ 283, 361.

2. Sie muß auch dann gelten, wenn die Ware nur teilweise geliefert ist.[2])

3. Sie kann aber nur dann gelten, wenn Verzug oder Verzeitung in Bezug auf die gestundete Leistung stattfindet,

[1]) Vgl. Enzyklop. I S. 657f.

[2]) Unrichtig R.G. 22. Jan. 1901, Entsch. 50, S. 138.

nicht aber dann, wenn sie, bei teilweiser Stundung, den ungestundeten Teil der Leistung betreffen.

IV. Ist die Leistung des Schuldners keine einfache, sondern eine zusammengesetzte, eine regelmäßig wiederkehrende, fortlaufende, so sind die Grundsätze über zweiseitige Schuldverbindungen nicht mehr genau passend. Es treten ähnliche Verwicklungen ein, wie bei zweiseitigen Rechtsverhältnissen; denn die Nichterfüllung der einen von vielen Leistungen kann nicht nur in Bezug auf die eine, sondern auch in Bezug auf andere Gegenleistungen von Bedeutung sein, und eine Gegenüberstellung und Beziehungssetzung im einzelnen, wie bei den gewöhnlichen Tauschverträgen, läßt sich hier nicht durchführen. Hier müssen daher Rechtssätze eintreten, die mehr oder minder den Bestimmungen über Rechtsverhältnisse entsprechen. Es muß vor allem möglich sein, infolge einer erheblichen Zuwiderhandlung oder infolge der Nichterfüllung einer von vielen Leistungen das Ganze zu lösen; so z. B. bei der Verpflichtung zu wiederkehrender Leistung von Gegenständen, mit denen der Empfänger Handel treibt, wenn z. B. der Verkäufer sich verpflichtet hat, dem Käufer Bier, Kohlen, Milch, Butter zu liefern und nunmehr unbrauchbare Ware schickt: eine Behandlungsweise in der Art, daß der Käufer jeweils die Lieferung abwarten und, wenn sie schlecht ist, zurückweisen müßte, wäre vollkommen dem Leben widersprechend; der Käufer will nicht etwa 4, 5, 6, 8 Lieferungen haben, sondern er will jeweils zur Zeit seines Bedarfs gut gedeckt sein.

Ist darum die Lieferung einmal unterblieben oder schlecht ausgefallen, sodaß die Ware mit Recht zur Verfügung gestellt wird, so muß dem Eintauscher gestattet sein, eine Frist mit der Androhung zu setzen, daß er bei Nichtleistung nicht nur von der einzelnen Lieferung, sondern von der ganzen Lieferungsreihe zurücktrete; und dasselbe muß ohne weiteres dann gelten, wenn der Austauscher die Erklärung abgegeben hat, daß er nicht liefern könne oder nicht liefern wolle: denn hier ist das fortdauernde Gedecktsein, hier ist die Zuversicht wesentlich die, daß man die Ware jeweils bei Bedarf in entsprechender Weise bereit findet.[1]) Wie daher bei Miete, Dienst- und Gesellschafts-

[1]) Vgl. R.G. 8. Nov. 1904, Monatsschr. f. Handelsr. XIV S. 81. Vgl. auch § 53 Börsen-Ges.

verhältnis in solchen Fällen eine Kündigung des ganzen Verhältnisses stattfinden kann, sodaß von nun an die volle Beziehung gelöst ist, so muß auch hier eine Kündigung für die Zukunft zulässig sein, welche dann auch als Rücktritt für die Vergangenheit dienen kann, wenn bei teilweiser Nichtleistung eine vollständige Interessenunmöglichkeit vorliegt.

V. Etwas Besonderes gilt ferner von den Unterlassungspflichten: die Bestimmung über die Fristsetzung kann sich nur auf solche Leistungen, welche angenommen werden können, beziehen, daher nicht auf Unterlassungen. Ist also jemand durch das Vertragsverhältnis mittelbar oder unmittelbar verpflichtet, etwas zu unterlassen, — z. B. ein Wettbewerbsgeschäft oder den Vertrieb fremder Maschinen, welcher den Erfinder benachteiligen könnte, — so fällt die ganze Bestimmung über Fristsetzung fort. Die merkwürdige Folge wäre auch, daß der Gläubiger eine Frist setzte mit der Aufforderung, die „Leistung zu bewirken", d. h. das zu Unterlassende zu unterlassen: der Verpflichtete würde sodann innerhalb dieser Frist „unterlassen"; dann würde er die Zuwiderhandlung von vorn an beginnen, und man müßte ihm wieder von Neuem eine Frist setzen, sodaß der Sache gar kein Ende abzusehen wäre!

Vielmehr gilt Folgendes: hat der Verpflichtete schuldhafter Weise zuwider gehandelt, so ist die ganze Vertragserfüllung eine mangelhafte geworden: es sind Mängel eingetreten, die nicht mehr wieder gut gemacht werden können; denn eine noch so vertragstreue Ausführung der Verpflichtung während der letzten drei Viertel des Vertrages kann die Vertragsverletzung im ersten Viertel des Vertrages nicht aufheben. Daraus ergibt sich, wie dies bereits früher (S. 40, 88) ausgeführt worden ist, von selber, daß die Verzugsbestimmungen hier nicht unmittelbar, sondern nur rechtsähnlich anwendbar sind, mit der Maßgabe, daß in zwei Fällen trotz der bloß teilweisen Unmöglichkeit ein voller Rücktritt stattfindet, 1. wenn die teilweise Unmöglichkeit eine volle Interessenunmöglichkeit ist, 2. wenn trotz erfolgter Abmahnung der Zuwiderhandelnde in der Verletzung fortfährt, vgl. hierfür § 553 B.G.B.[1]) Ob beim Rücktritt die bisher geleistete ver-

---

[1]) Vgl. R.G. 27. April 1903, Entsch. 54 S. 286, 7. Okt. 1904, Monatsschr. f. Handelsr. XIV S. 49, auch R.G. 23. Febr. 1904, J.W. XXXIII

tragsgetreue Unterlassung als ein zu vergütender Vermögenswert betrachtet werden muß, kann nur nach den Verhältnissen des einzelnen Falles beurteilt werden.

VI. Das Gesagte gilt auch dann, wenn mit einer Handlungspflicht eine Unterlassungspflicht verbunden ist, sofern diese nur nicht als bloß nebensächlich und unbedeutsam erscheint.

VII. Die Gegenseitigkeit bewirkt insofern eine Unteilbarkeit, als die Verfügungen, welche das ganze Schuldverhältnis betreffen, im Fall einer Mehrheit beteiligter Personen nur einheitlich geschehen können. Dieses gilt (regelmäßig) von auflösenden Verfügungen, wie Rücktritt, Kündigung, Widerruf (S. 177, 299), es gilt von Vor- und Wiederkauf, §§ 502, 513 (S. 299, 301).

e) Verträge in Verbindung mit Schuldschöpfungen. (Versprechen der Leistung an einen Dritten.)

α) Allgemeines.

§ 95.

I. Sowohl Einseitigkeits- als auch Gegenseitigkeitsverträge können mit einer Schuldschöpfung zu Gunsten eines Dritten (Kreation) in der Art verbunden werden, daß bei Einseitigkeitsverträgen eine Verpflichtung zu Gunsten eines Dritten als Auflage gesetzt wird, bei Gegenseitigkeitsverträgen aber das Versprechen zu Gunsten eines Dritten die eine der zwei gegenseitigen Versprechungen ist.

II. Zu unterscheiden ist hier stets der Versprechensempfänger und der Dritte, zu Gunsten dessen die Schuldschöpfung dient; und hierbei ist wesentlich, daß dieser Dritte aus der Schuldschöpfung ein Recht erwirbt; aber auch der Versprechensempfänger kann ein Forderungsrecht erwerben, ein Forderungsrecht auf Leistung zu Gunsten des Dritten (S. 13), sodaß in der oben S. 154 bezeichneten Weise, zwei Mitberechtigungen auf dieselbe Leistung vorliegen, §§ 335, 525.

III. Der Dritte erlangt sein Recht unmittelbar aus der Schuldschöpfung, aus dem Versprechen des einen Vertrags-

---

S. 171. Die Frage ist neuerdings unter der Ausdrucksweise „Positive Vertragsverletzung" viel besprochen worden. Richtiger sollte man von Verletzung einer Unterlassungspflicht sprechen; dann ergibt sich die Lösung einfach.

genossen; er erlangt es nicht etwa als Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers: er tritt nicht etwa in dessen Forderung, und wenn darüber bereits ein Prozeß besteht, in dessen Prozeß ein.[1]) Eine dem Versprechensempfänger entgegenstehende Aufrechnung berührt ihn nicht.

IV. Das Versprechen zu Gunsten Dritter kann auch in der Art erfolgen, daß der Dritte zwar Gläubiger werden soll, aber nur unter Übernahme einer Verpflichtung oder unter Aufgebung eines Rechts. Man vgl. z. B. den Vertrag einer Gemeinde mit einer Gasanstalt zu Gunsten der Gasverbraucher: diese werden berechtigt, das Gas zu beziehen, aber unter Verpflichtung zur Zahlung des mit der Gemeinde vereinbarten Gaspreises.[2])

V. Der Dritte erlangt ein Recht mit der Befugnis der Ausschlagung (Zurückweisung), § 333, also ein schwankendes Recht mit persönlicher, allerdings auch durch den gesetzlichen Vertreter auszuübender Bestimmungsbefugnis, die aber regelmäßig der Beschlagsgläubigerschaft nicht zusteht, vgl. § 9 K.O. Die Erklärungsfrist ergibt sich aus den Umständen des Falles.

β) Schuldschöpfung im Gegenseitigkeitsvertrag.

§ 96.

I. Die Schuldschöpfung ist hier mit dem Gegenseitigkeitsvertrag nicht bloß äußerlich, sondern auch innerlich verbunden[3]): sie ist ihm angegliedert als Teil seiner selbst. Daher ist sie 1. von ihm abhängig in Bezug auf das sofortige Sein; so insbesondere, was die Form des Vertrags betrifft, sofern es sich etwa um ein Grundstück handelt (§ 313) u. a.; so aber auch in der innerlichen Gültigkeit: so was die etwaige Unmöglichkeit oder Unsittlichkeit des Gesamtvertrages angeht; ebenso bezüglich der Anfechtbarkeit; auch Einreden gegen die aus dem Vertrag hervorgehenden Ansprüche treffen die Ansprüche des Dritten, so namentlich eine Einrede

---

[1]) R.G. 6. März 1903, Z. franz. Ziv.R. XXXIV S. 277.

[2]) Vgl. meinen Aufsatz in der Z. f. franz. Ziv.R. XXXII S. 110f.

[3]) Eine äußerliche Verbindung in der Art, daß die Wirkung der Schuldschöpfung vom Vertrag unabhängig sein solle, ist möglich, aber nur die Ausnahme, nicht die Regel.

der Arglist oder des unlauteren Verhaltens beim Vertragsschluß, — ein Umstand, der namentlich im Versicherungsrecht von ausschlaggebender Bedeutung ist.

2. Sie ist von ihm abhängig in ihrer Geltendmachung; daher steht dem Anspruch des Dritten die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegen, vgl. § 334.

3. Sie ist von ihm abhängig in ihrem Fortbestand: sie erlischt insbesondere, wenn die Gegenverpflichtung unmöglich wird; sie unterliegt auch den inhaltlichen Änderungen des Verhältnisses in Bezug auf Verschulden, Verzeitung und Verzug; nur daß der Rücktritt, wenn dies nicht vertragsmäßig anders bestimmt ist, nicht vom Dritten allein, sondern nur von ihm in Verbindung mit dem Versprechensempfänger ausgeübt werden kann. Für das Verschulden ist die Norm des Geschäfts maßgebend; weshalb der Versprechende für alle Sorgfalt aufkommen muß, auch wenn das Verhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten den Charakter einer unentgeltlichen Zuwendung an sich trägt. Vgl. Anhang.

II. Eine solche Schuldschöpfung ist nicht in allen Fällen von Versprechungen zu Gunsten Dritter anzunehmen, § 328; denn

1. in einer Reihe von Fällen sind die Versprechungen zu Gunsten Dritter solche, die dem Interesse des Versprechensempfängers dienen und daher in seiner vollen Verfügung stehen sollen.

2. Aber auch in Fällen, wo der Versprechensempfänger im Interesse des Dritten handelt, will er meistens Herr des Verhältnisses bleiben und seine Bestimmungsbefugnis nicht aufgeben: er will die Forderung; der Dritte soll den Erfolg der Leistung haben, aber nicht den Anspruch.

III. Eine Schuldschöpfung ist daher nur dann anzunehmen, wenn die Eigenart, — daß der Dritte ein von den Parteien unabhängiges Anrecht haben, daß er also nicht bloß Leistungsempfänger, sondern auch Forderungsberechtigter sein soll, — entweder im Geschäft besonders ausgeprägt ist oder aus der vorbildlichen Art des Geschäfts im Leben hervorgeht.

IV. Aber auch hier sind Unterschiede möglich, denn

1. der Dritte kann sofort ein unabhängiges Forderungsrecht erwerben,

2. oder erwirbt er es erst mit einem späteren Zeitpunkte unter besonderen Umständen, §§ 328, 331 (nach dem Tode des Versprechensempfängers).

3. Möglicherweise ist es dem Versprechensempfänger anheim gestellt, durch einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung einen anderen Leistungsempfänger oder sich selbst als Leistungsempfänger zu bezeichnen, § 332, oder es ist doch

4. den Parteien des Gegenseitigkeitsvertrags gestattet, zusammen in dieser Weise zu verfügen; bei 3. und 4. kann also das werdende Recht des Dritten gehindert oder selbst das gewordene Recht widerrufen werden.[1])

V. Zu den vorbildlichen Geschäften mit Schuldschöpfung gehört das Versprechen einer Gasanstalt im Vertrag mit der Stadtgemeinde, daß sie zu bestimmten Preisen den Bewohnern Gas liefern werde.[2])

Besonders hervorgehobene Fälle der vorbildlichen Schuldschöpfung aber bietet

1. die Gutsübernahme, und vor allem

2. das Versicherungsgeschäft: es gehört hierher sowohl die Versicherung für fremde Rechnung §§ 781f., 886f. H.G.B., als auch die Lebensversicherung zu Gunsten dritter, § 330 B.G.B. und die Arbeiterversicherung als (private) Versicherung der Arbeiter durch den Dienstberechtigten.

Daher ist insbesondere bei der Lebensversicherung kein Zweifel, daß der Dritte beim Tod des Versicherungsnehmers das Recht nicht in der Eigenschaft als Erbe, sondern aus dem Versprechen der Versicherungsgesellschaft erwirbt, mithin von den Schicksalen des Nachlasses, der vielleicht in Konkurs fällt, unberührt bleibt;[3]) dies auch dann, wenn einfach die „Erben“ oder „Hinterbliebenen“ als Versicherte bezeichnet werden: hiermit sind die nächsten Familienangehörigen gemeint;[4]) dies steht aber nicht dem im Weg, daß möglicherweise in der Zahlung der Prämie durch den Versicherungsnehmer

[1]) Die Bestimmungsperson beim Frachtvertrag erwirbt ein Recht erst mit der Ankunft des Frachtguts am Bestimmungsorte, aber selbst dieses gewordene Recht steht noch eine Zeit lang dem Widerruf offen, §§ 433, 435 H.G.B.

[2]) Vgl. meinen Aufsatz Z. franz. Ziv.R. XXXII, S. 110.

[3]) R.G. 8. Juni 1902, Seuffert 58, No. 120.

[4]) Bayer. Oberst. L.G. 11. Juni 1901, Seuffert 56, No. 248.

eine Freigebigkeit liegt, die einer Schuldanfechtung Raum zu geben vermag, auch nicht dem, daß ein Rückkaufsrecht während Lebzeiten des Versicherungsnehmers durch die Konkursmasse ausgeübt werden kann.

4. Gegenseitigkeitsgeschäfte mit Rechtsverhältnis.

a) Allgemeines.

§ 97.

I. Aus den Schuldverträgen können Rechtsverhältnisse hervorgehen, sofern die aus ihnen entspringenden Verpflichtungen dauernder Natur sind und verschiedene Stufen durchlaufen, sodaß sich eine „dramatische" Entwicklung abspielt. Bei dem *Kauf* und bei der Schenkung findet solches nicht statt, da bestimmungsgemäß mit der einen Erfüllung sich alles erledigt; und wenn auch ausnahmsweise die Erfüllung geteilt und in verschiedene Zeiten verlegt wird (S. 253), so ist doch das Geschäft nicht nach diesen Ausnahmefällen, sondern nach dem regelmäßigen Verlauf zu kennzeichnen. Eine Besonderheit gilt allerdings beim Kauf auf Probe, beim Verkauf auf Wiederkauf, beim Vorkauf, wovon unten S. 297 ff. zu handeln ist. Wohl aber liegt ein Rechtsverhältnis überall da vor, wo Gebrauchsüberlassung oder Dienste gegen Gegenleistung zu gewähren sind, und dasselbe muß auch beim Werkvertrag angenommen werden, der wenigstens regelmäßig eine allmähliche Entfaltung aufweist; und von Hauptgeldverträgen gehört das dem Mietverhältnis ähnliche verzinsliche Darlehn gleichfalls hierher. Daß der Gesellschaftsvertrag ein Verhältnis aus sich erzeugt, versteht sich von selber, denn die Gesellschaft ist gerade das Muster des Falles, wo aus einer einmal angesponnenen rechtlichen Beziehung eine große Reihe von Rechtslagen und Pflichtverhältnissen hervorgehen.

II. Die Entwicklung innerhalb der entstandenen Rechtsverhältnisse folgt nicht dem Grundsatze der Gegenseitigkeitsverpflichtung: bei Miete, Pacht und bei Dienst- und Werkvertrag und namentlich beim Gesellschaftsverhältnis, sodann allüberall, wo keine Gegenstandsverpflichtung, sondern eine Dienst- oder eine Gebrauchsüberlassungspflicht hervortritt, ist die Anwendung der Bestimmung über Gegenseitigkeitsverpflichtung ausgeschlossen.

Die Anwendung der Grundsätze der gegenseitigen Verpflichtung bei gegenseitigen Rechtsverhältnissen würde einer vollständigen Verwahrlosung des Rechtsverhältnisses gleichkommen; wenn also beispielsweise ein jeder Gesellschafter sich von seinen Pflichten dadurch befreien könnte, daß er geltend machte, auch von einer anderen Seite sei die Verbindlichkeit nicht erfüllt worden! Und namentlich bei Dienstverhältnissen müßte dies zu den unheilvollsten Folgerungen führen, wenn etwa die Arbeiter einen Austritt aus dem Dienst ohne Wahrung der Kündigungsfrist einfach damit rechtfertigen könnten, daß von Seiten des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtung gefehlt worden sei. Das wäre nichts anderes als eine Gestattung des Arbeitervertragsbruchs, eine Rechtfertigung des Anarchismus im Arbeiterrecht! Wo in aller Welt hätten nicht die Arbeiter Gelegenheit, sich über irgend etwas zu beklagen — dem muß natürlich abgeholfen werden; dürfen sie aber auf Grund dessen vertragsbrüchig werden, dann sind alle Bande gelöst! Ebenso unheilvoll wäre ein derartiger Grundsatz bei Mietverhältnissen; man hat behauptet, der Mieter könne den Mietzins verweigern, solange eine versprochene Verbesserung ausstehe;[1]) man hat sogar behauptet, daß, wenn der Mieter nach Beendigung des Verhältnisses die Sache nicht rechtzeitig zurückgibt, der Vermieter ihm eine Frist setzen könnte, sodaß nach ihrem Ablauf an Stelle der Rückgabepflicht Schadenersatzpflicht träte: die Folge wäre, daß dadurch dem Mieter die Sache selbst „aufgehängt“ würde! Alles dieses ist völlig unzulässig. In derartigen gegenseitigen Verhältnissen ist nur eine Kündigung statthaft, wobei allerdings möglicherweise besondere Verpflichtungen entstehen können, kraft deren die bisherigen Nutzungen, Dienste usw. in bestimmter Weise zu bewerten und zu vergüten sind (S. 261, 274.) Und auch in Werkverhältnissen, wo bei Mangelhaftigkeit des Werkes eine Abhülfe getroffen werden muß, hat man mit dem plumpen Mittel der „*exceptio non adimpleti*“ unendlich viel gefehlt.[2]) Erleiden ja doch schon die Grundsätze des Gegen-

---

[1]) Richtig hiergegen O.L.G. Oldenburg, 5. April 1902, Mugdan V S. 30; hier gelten vielmehr die Bestimmungen der §§ 537ff. Vgl. O.L.G. Kolmar 17. April 1902 Z. f. Els. Lothr. XXVIII S. 16.

[2]) Verkehrt O.L.G. Breslau 20. März 1903 Seuffert 59 Nr. 77.

seitigkeitsvertrags bei Austauschgeschäften mit fortgesetzter Erfüllung Schiffbruch! und es ist ein Hauptverdienst des R.G.'s, daß es hier, unter mannigfachem Widerspruch, das Banner des Fortschritts entfaltet hat (oben S. 253f.). Daher auch (mindestens bei Grundstücken) der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts, § 556.

b) Rechtsverhältnis und Vertrag.

§ 98.

I. Ist der das Rechtsverhältnis begründende Vertrag nichtig, entweder von selber oder infolge der Anfechtung, so ist es bedeutsam, wenn wenigstens tatsächlich eine dauernde Gegenseitigkeitsbeziehung stattfand. Man denke sich den Fall eines Mietsverhältnisses, das jahrelang dauerte und bezüglich dessen nach Jahren eine Anfechtung wegen Zwangs stattfindet, sodaß regelrecht der Mietvertrag als nichtig, d. h. seine Rechtsfolgen als nicht vorhanden zu betrachten sind. Hier kann unmöglich alles, was dazwischen liegt, aus der Welt geschafft werden. Die Leistungen sind nicht einseitig, sondern gegenseitig gemacht, und dieses tatsächliche Gegenseitigkeitsverhältnis verlangt seine Berücksichtigung; daher kann auch die inzwischen eingetretene Leistungsverschuldung nicht ohne weiteres in die Versenkung fallen; vielmehr ist ein derartiges tatsächliches Verhältnis nach der Rechtsähnlichkeit eines Rücktrittsgeschäfts zu behandeln, bei dem jeder Teil nicht nur die Befugnis hat zu kündigen, sondern auch die bisherigen Folgen aufzulösen oder rückgängig zu machen; wobei gemäß § 346 der Sachgenuß nach der Höhe der vertragsmäßigen Gegenleistung gewertet wird; — allerdings wenn in dieser Weise die eine Partei den nach der Gegenleistung gewerteten Sachgenuß, die andere die Gegenleistung zurückgeben soll, so wiegt das eine das andere auf, und kein Teil hat etwas draufzulegen; allein ein jeder Teil hat hierbei die Verschuldungen auf sich zu nehmen, die ihm zur Last fallen, ebenso wie wenn das Rechtsverhältnis wirksam gewesen wäre.

II. Eine Besonderheit gilt, wenn bei Geschäftsabschluß ein Element der Schuld obwaltet; solches kann aber der Fall sein,

1. wenn eine der Parteien das begründende Geschäft etwa durch Zwang oder Arglist veranlaßt haben sollte; hier

müßte sie nicht nur für alles Verschulden eintreten, sondern auch für den Zufall, soweit der maßgebende Gegenstand infolge dieses Scheinrechtsverhältnisses untergegangen ist, während er sonst nicht untergegangen wäre;

2. ist das Geschäft nichtig, weil der eine Teil geschäftsunfähig, oder ist es unwirksam, weil er geschäftsbeschränkt war, dann ist auf seiner Seite die Haftung nach Ähnlichkeit von §. 682 zu beschränken.

III. Entsprechend verhält es sich bei einem nichtigen Gesellschaftsvertrag. Die Beiträge haben doch zu einem gemeinsamen Ziele geführt, der etwaige Gewinn ist doch eine Folge des gemeinsamen Zusammenwirkens; allerdings wird dieses Zusammenwirken nicht durch die Bestimmungen des nichtigen Gesellschaftsvertrags regiert: es wird so behandelt, als ob es ohne durchdachte Zweckabsicht aus dem Zusammenstoß der Kräfte hervorgegangen wäre. Mithin sind die Beiträge und auch die Nutzungen und Dienste (§ 346 im Gegensatz zu § 733) zurückzuerstatten, der Gewinn ist nach Verhältnis dieser Beiträge zu verteilen; die Haftung für Verschulden richtet sich auch hier nach den Gesellschaftsgrundsätzen.

IV. Bedeutsam ist das nichtige Rechtsverhältnis insbesondere auch für die Pflichten gegen die Person, namentlich beim Dienstvertrag, wo darüber näher zu handeln ist (S. 349 f.).

V. In allen Fällen kann natürlich, wenn der Mangel nachträglich wegfällt, das Rechtsverhältnis für die Zukunft begründet werden.

c) Rechts- und Sachgewähr.

§ 99.

I. Auch die Grundsätze über Rechtsverschaffung und Mängelgewähr sind großenteils andere, als beim Austauschgeschäft. Es gilt Folgendes:

Bei Gebrauchsüberlassungen ist der Mangel des Rechts nur insoweit ein Unvermögen, als er ein den Gebrauch entziehendes oder hinderndes Element bildet. Insofern gilt, soweit es sich um gegenseitige Verträge handelt, auch hier eine Haftung für das anfängliche Unvermögen, §§ 541, 538, 581,[1]) falls der Mieter nicht bei Vertragsschluß das Recht

[1]) Vgl. O.L.G. Kolmar 15. Juni 1904 Mugdan IX S. 282.

des Dritten kannte, §§ 541, 539.[1]) Die Haftung geht nicht weiter: der Mieter muß zufrieden sein, wenn er eine fremde Sache gebraucht, sofern seinem Gebrauch kein Hindernis in den Weg gelegt wird; denn der Gebrauch einer Fremdsache hat einen ganz anderen Sinn als die Herrschaft über fremdes Gut. Vgl. S. 85, 176. Doch muß folgende Besonderheit gelten:

1. Wenn der Vertrag etwa den Zweck hat, die Sache dem Eigentümer auch nur tatsächlich zu entziehen und die Verfolgung der Sache zu verhindern, sodaß also das Geschäft eine Partirerei enthält oder ihr nahe kommt, dann ist das Ganze nichtig nach § 138;

2. bei einem Pachtvertrag, wo es sich um Fruchtbezug handelt, ist der Pächter schon dadurch in seinem Gebrauch beeinträchtigt, daß er die Kenntnis von dem fremden Eigentum der zu beziehenden Früchte erlangt und infolgedessen gemäß § 957 nicht mehr in der Lage ist, Eigentümer der Früchte zu werden; denn der Bezug fremder Früchte erfüllt nicht die Zwecke des Pachtvertrags und würde zudem den Pächter in eine schwere strafrechtliche Verantwortung verstricken.

II. Bei Gebrauchsüberlassungsverträgen gelten die Grundsätze über Wandelung und Preisminderung nicht; denn hier handelt es sich nicht um Übertragung eines Gegenstandes, der von nun an sofort dem Verkäufer entzogen ist, sondern um die ständige Bereitstellung des Gebrauchs. Daher muß

1. der Vermieter auch für einen unerheblichen Mangel des Gegenstands Gewähr leisten (nur in § 542 ist eine Ausnahme gemacht); wobei dem Gegenstandsmangel das Fehlen zugesicherter Eigenschaften gleich steht, § 537, bei Grundstücken auch (ohne Beschränkung) der Mangel des zugesicherten Flächeninhalts, §§ 537, 468 (S. 243). Daher gilt

2. als Gegenstandsmangel ein jedes die ordentliche Benutzung des Gegenstands störende Element, so insbesondere ein lärmendes Gewerbe in der Umgegend oder ein unsittlicher Betrieb im Hause oder in der Nähe.[2])

3. Auch die erst während der Mietzeit eintretenden Mängel kommen in Betracht: der Vermieter ist, sofern es der

---

[1]) Kammergericht 20. Okt. 1900 Mugdan II S. 282.

[2]) Vgl. auch R.G. 26. Okt. 1904 Z. f. CivR. XXXVI S. 8f.

Mieter begehrt,[1]) zur Beseitigung des Mangels verpflichtet und hat für Schadenersatz einzustehen, sofern von seiner Seite Verschulden oder Verzug vorliegt; im letztern Falle hat der Mieter auch die Selbstausbesserungsbefugnis mit vollem Ersatzrecht, § 538.

4. Wenn die Sache bereits zur Zeit des Vertrags mangelhaft ist, so haftet der Vermieter für Schadenersatz, auch wenn er nicht etwas Besonderes zugesichert oder arglistig verschwiegen hat, ja auch dann, wenn er nicht einmal im Verschulden ist, § 538.

III. Bei Diensten gibt es weder Wandelung noch Minderung: hier muß nach Art des Dienstverhältnisses anders geholfen werden (§§ 616, 628 und S. 274); wohl aber bei Zustandsleistungen im Werkvertrag: natürlich ist die unmittelbare Rückgewähr bei Zustandsleistungen nicht möglich, möglich ist nur die Rückgewähr des Wertes dieser Leistungen gegen Rückgabe der dafür gezahlten Vergütung (§ 346 Satz 2, der von Diensten spricht, kommt hier nicht in Betracht), § 634. Auf solche Weise steht die Wandelung der Minderung nahe, sie ist ihr aber nicht gleich, da bei der Wandelung der wahre Wert maßgebend ist, bei der Minderung dagegen der vereinbarte Preis: die Minderung führt auf einen Bruchteilspreis, der sich zum vereinbarten Preis verhält, wie die fehlerhafte Leistung zur fehlerlosen. Ist daher für ein Werk, das, wenn fehlerlos, 600 wert ist, 1200 zugesagt worden, und ist das mangelhafte Werk nur 300 wert, so führt die Minderung auf die Zahlung von 600, also das Doppelte des Wertes der mangelhaften Leistung, die Wandelung auf den wahren Wert, auf 300. Das ist gerechtfertigt; denn wenn der Besteller für die vollkommene Leistung über Gebühr zahlt, so braucht er nicht auch die unvollkommene über das Maß zu vergüten: der Wandelnde gibt also 300 und erhält seine Vergütung (1200) völlig zurück.[2]) Vgl. oben S. 241.

---

[1]) Vgl. hierüber unten S. 320f.

[2]) Vgl. R.G. 24. Febr. 1903, J.W. 32, Beil. S. 58. Daß hier Schwierigkeiten in der Vollziehung eintreten, hebt das R.G. treffend hervor; den meisten Erklärern allerdings scheinen diese Schwierigkeiten gar nicht zum Bewußtsein gekommen zu sein (z. B. Planck).

IV. Durch solchen Wertrückersatz wird der Wandelung völlig Genüge getan, ein Recht der Rücknahme des Eingebauten oder Eingepflanzten hat der Werkleistende nicht. Allerdings ist er zur Wegnahme dann verpflichtet, wenn in dem Einbau eine für den Besteller unbrauchbare Änderung der Sache zu erblicken ist, allein dies nur unter dem Titel des Schadensersatzes, sofern er schadensersatzpflichtig ist, § 635.

V. Da beim Werkvertrag vor allem die Herstellung in Betracht kommt, so entsteht ein Wandelungs- oder Minderungsanspruch nur, wenn die regelrechte Herstellung nicht mehr in Aussicht zu nehmen ist, § 633. Sie ist in Aussicht zu nehmen, wenn sie noch möglich ist; sie kann außer Rücksicht bleiben, wenn der Unternehmer die Beseitigung des Mangels verweigert, oder wenn für die sofortige Mangellosigkeit ein entscheidendes Interesse des Bestellers spricht (wenn er das Werk notwendig sofort braucht);[1]) sie muß außer Betracht bleiben, wenn der Besteller eine Frist zur Herstellung setzt und diese ergebnislos verstreicht, § 634; die Fristsetzung fällt natürlich dann weg, wenn die Frist keinen Sinn hat, wenn z. B. ein Zahnarzt, trotzdem sich der Kranke der regelrechten Behandlung unterwarf, nicht zum Ziele gelangte.

VI. Ob der Mangel erheblich oder unerheblich ist, kommt nur für die Wandelung in Betracht, § 634.

VII. Eine andere Betrachtungsweise tritt ein, wenn der als Vergütung gegebene Gegenstand in Bezug auf Recht oder Eigenschaften mangelhaft ist: hier treffen die Grundsätze der Austauschgeschäfte zu, § 493.

VIII. Im Gesellschaftsverhältnisse gilt Folgendes:

1. Ist die Teilung von Gewinn und Verlust nach dem Einbringen abgemessen, so muß eine entsprechende Änderung der Teilung eintreten, wenn der Wert des Einbringens sich nach Maßgabe der Sach- oder Rechtsmängel anders herausstellt, als vertragsmäßig zu erwarten war;

2. die Mängel der Leistung können, auch wenn unverschuldet, zu einer Aufhebung der Gesellschaft selbst dann Veranlassung geben, wenn die Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen ist, so § 723 B.G.B. Im Fall der ver-

---

[1]) O.L.G. Karlsruhe 11. Juli 1901, Mugdan IV S. 41.

schuldeten Unmöglichkeit haftet der Gesellschafter nach Gesellschaftsgrundsätzen für Schadenersatz, ebenso auch im Fall des verschuldeten Unvermögens; denn eine unbedingte Haftung für Unvermögen würde dem Sinn des Gesellschaftsvertrags widersprechen. Vgl. S. 274.

d) Ganzes und Teile.

§ 100.

I. Die gewöhnlichen Verpflichtungen, die aus einem Rechtsverhältnisse entspringen, sind so sehr mit dem Gesamtverhältnis verwoben, daß von einer Loslösung nicht die Rede sein kann; denn sie suchen die Zwecke des Ganzen durch viele Einzelheiten zu erreichen. Solche Verpflichtungen sind nicht verselbständigt und können daher nicht selbständig übertragen werden; so beispielsweise bei der Miete die Verpflichtung des Vermieters zur Mangelbeseitigung, auch sofern man darin einen Anspruch auf die zur Herstellung nötige Geldleistung erblickt, § 538; so der Anspruch auf Verbesserung beim Werkverhältnis, § 633, so der Anspruch auf Vorschuß beim Auftragsverhältnis, § 669, wo überall der Zweck verfehlt würde, wenn man den Anspruch aus dem Rechtsverhältnis herausrisse. Ebenso verhält es sich mit dem Recht der Gesellschaft (Gesellschafter) auf die Einlage. Anders diejenigen Verpflichtungen, die sich so verselbständigen, daß sie nicht mehr besondere, dem Rechtsverhältnisse angehörige Zwecke zu erreichen suchen, sondern allgemeine Vermögenszwecke verfolgen; so das Recht auf Ersatz von Auslagen, wenn der Mieter die Ausbesserung selbst hergestellt hat, das Recht auf Ersatz der Aufwendungen bei der Auftragserfüllung oder Gesellschaftsführung, so natürlich auch das Recht auf Gewinn, das dem Gesellschafter, das Recht auf Mietzins, Dienst- und Werkvergütung, das dem Vermieter, Dienstleistenden, Unternehmer zukommt. Vgl. §§ 538, 558, 670, 717 und oben S. 161.

II. Der Gläubigerverzug richtet sich nach den Bestimmungen des Ganzen. Gelten sonst die gewöhnlichen Grundsätze, so nimmt die Sache ein anderes Wesen an, wenn der Dienstberechtigte den Dienstleistenden in seine Dienste genommen hat: dann kann er nicht die Annahmetätigkeit plötzlich abbrechen; er kann es wenigstens dann nicht, wenn

aus dieser Annahmetätigkeit Pflichten erwachsen sind, wie z. B. die Pflicht der Krankenpflege, sobald der in Dienst genommene Dienstbote erkrankt ist, § 617 und unten S. 351f.

Auch darin ist bei Rechtsverhältnissen der Gläubigerverzug eigengeartet, daß der Gläubiger nicht bloß auf eine augenblickliche, sondern auch auf eine dauernde Leistung einzuwirken hat; weshalb, solange der Gläubigerverzug dauert, die Gegenleistung so behandelt wird, wie wenn das geleistet worden wäre, was durch Gläubigerverzug verhindert wurde. So ist beispielsweise beim Mietverhältnis der Mietzins nach der Bereitstellung der Mietsache zu zahlen, auch wenn der Mieter die Leistung nicht annehmen kann oder will, und ebenso ist für die Aufführung eines Schauspiels das Ganze zu entrichten, auch wenn der Zuschauer erst am Schluß der Vorstellung in die Loge gekommen ist.

III. Die Schuldrechtsverhältnisse haben auch die Eigenheit, daß ein Zuständigkeits- und ein Schiedsvertrag in ihrem ganzen Umfange möglich ist, §§ 40 und 1026 Z.P.O.

IV. Geht das Rechtsverhältnis seiner Lösung entgegen, so ist die erforderliche Gelegenheit zu gewähren, ein neues Verhältnis einzugehen, natürlich mit der nötigen Lebensbescheidenheit und unter Berücksichtigung des Verkehrsgebrauchs. So muß insbesondere der Mieter es gestatten, daß der Vermieter die Wohnung durch Mietsucher besichtigen läßt, und ebenso der Dienstberechtigte, daß der Dienstpflichtige sich die nötige Zeit nimmt, um sich einen neuen Dienst zu suchen, § 629. Dem entspricht es auch, daß das Zeugnis auf Verlangen gleich nach der Kündigung zu geben ist, damit der Dienstpflichtige es bei Aufsuchen der neuen Stelle benutzen kann; wobei natürlich der Dienstberechtigte wegen des noch übrigen Teiles der Dienstzeit den nötigen Vorbehalt machen darf, § 630.[1])

e) Übertragung.

§ 101.

I. Ein solches Verhältnis kann auf eine andere Person übergehen. Der Übergang eines Verhältnisses ist wohl zu

---

[1]) O.L.G. Kolmar 2. Mai 1902 Z. franz. Z.R. XXXIII S. 544.

unterscheiden von dem Übergang der aus solchen Verhältnissen sich entwickelnden Forderungen: es gehen nicht etwa die daraus entspringenden Schuldrechte über, sondern nur diejenigen Forderungen, die bereits erwachsen sind; die künftigen Forderungen aber können gar nicht übergehen, denn sie entstehen erst in der Person desjenigen, der in das Verhältnis eintritt, und zwar entstehen sie in seiner Person ursprünglich, nicht etwa als übertragene Forderungen.[1]) Daraus ergibt sich von selber, daß der zur Zeit Berechtigte nicht in der Lage ist, diese künftigen Forderungen an Dritte zu übertragen: zwar kann man auch künftige Forderungen übertragen, aber nur für den Fall, daß sie in der Person des Übertragenden entstehen werden, was hier nicht der Fall ist (S. 158 und I S. 562). Jedoch ist dieser Übergang so sehr der Eigenart der einzelnen Rechtsverhältnisse angepaßt, daß er im besonderen Teil zu erörtern ist.

II. Bemerkenswert im allgemeinen ist nur Folgendes:

1. Bei der Übertragung spielt der Besitz eine große Rolle; denn wo immer sich das Gebrauchsrecht auf einen Besitz stützt, ist es angemessen, daß es an der Festigkeit des Besitzes teilnimmt, sodaß insbesondere eine Sachveräußerung den Gebrauchsberechtigten nicht aus dem wirklichen Genuß hinwegstößt und der neue Erwerber nicht etwa unter strenger Geltendmachung seines dinglichen Rechtes denjenigen, dem die Gebrauchsbefugnis zusteht, einfach bei Seite schieben darf.

Daher findet eine solche Fortdauer namentlich statt bei Miet- und Pachtverhältnissen; bei Leihverhältnissen nur in gemindertem Maße (bei Leihverhältnissen an beweglichen Sachen nach § 986).

2. Dienstverhältnisse gehen über mit dem Geschäftshaus, für das sie abgeschlossen sind, aber so, daß nach § 626 gekündigt werden kann; denn ein solcher Wechsel ist in allen Fällen ein wichtiger Grund. Ein Übergang eigener Art erfolgt im Konkurs, § 22 K.O.

3. Gesellschaftsverhältnisse gehen laut nachgiebigen Rechts nur mit Zustimmung aller Gesellschafter über; vgl. §§ 717, 719.

---

[1]) Schon längst ausgeführt im Prozeß als Rechtsverhältnis S. 83 ff.

f) Beendigungsgründe.

§ 102.

Beendigungsgründe sind:

A. Ablauf der Zeit, und zwar entweder Ablauf nach Vereinbarung oder Ablauf nach Gesetz: das Mietverhältnis ist regelmäßig nach 30 Jahren kündbar, und dasselbe muß vom Darlehn gelten, vgl. § 1202; das Dienstverhältnis nach 5 Jahren, die Gesellschaft kann nicht auf Lebenszeit binden, §§ 564, 567, 620, 624, 724;

B. Kündigung, d. h. Erklärung, daß das Verhältnis sein Ende erreichen soll. Eine solche Kündigung findet insbesondere statt bei Miete, bei Dienstvertrag, Pacht, Gesellschaft und Darlehen, aber auch beim Verwahrungs- und Auftragsververhältnis. Wenn keine Zeit bestimmt ist, so gilt das Verhältnis als ein Verhältnis auf Kündigung. Die Kündigung ist eine Rechtshandlung, die ein Rechtsverhältnis beendigt. Man kann daher kein Rechtsverhältnis kündigen, ehe es begonnen hat: wenn ich am 1. Januar auf den 1. Juli eine Wohnung gemietet habe, so kann ich am 1. März auf den 1. Oktober, aber nicht auf den 1. Juli kündigen.

I. Die Kündigung ist:

1. eine Kündigung nach Vereinbarung. Eine solche Vereinbarung liegt:

a) bei dem Mietsvertrag in der vereinbarten Weise der Mietzinsbemessung: bei der Miete von Grundstücken und Räumen kommt es darauf an, ob der Mietzins vierteljährlich, monatlich, wochen- oder tageweise bemessen ist: je nachdem erfolgt Kündigung kalendervierteljährlich und zwar längstens am 3. Werktag des Vierteljahres, kalendermonatlich und zwar spätestens am 15. des Monats, kalenderwöchentlich spätestens am ersten Wochenwerktag, täglich, d. h. von einem auf den anderen Tag, §§ 564, 565; letzteres gilt auch von beweglichen Sachen; während

b) bei der Pacht längere Kündigungsfristen gelten, so wenigstens bei Grundstücken und Rechten, d. h. immateriellen Gütern: hier gilt die Kündigung auf das Ende des Pachtjahres, und zwar ist spätestens am 1. Werktag des halben Jahres vor der Beendigung zu kündigen, § 595. Bei Dienstverhältnissen

c) gelten ähnliche Grundsätze wie bei der Miete: auch hier ist die Art maßgebend, wie der Vergütungsanspruch bemessen wird: bei Vierteljahrs- oder längerzeitiger Bemessung sechswöchentliche Kündigung auf Kalendervierteljahrsschluß, bei Monatsbemessung Kündigung am 15. des Mts. auf Kalendermonatsschluß, bei Wochenbemessung Kündigung am 1. Wochenwerktag auf Kalenderwochenschluß, bei tagweiser Bemessung vom einen zum andern Tag, §§ 620, 621.

Für Dienste höherer Art, d. h. für solche, bei denen eine besondere geistige Arbeit und zwar mit eigener Initiative, nicht bloß nach Maßgabe der gegebenen Vorschriften, erforderlich ist, wozu insbesondere die Dienste von Lehrern, Erziehern, Gesellschafterinnen, die Dienste der Direktoren eines Theaters, eines Konzertinstituts, gehören, gilt, auch bei einer kürzeren Art der Vergütungsbemessung stets Kündigung auf Ende des Kalendervierteljahres mit sechswöchentlicher Frist, sofern die Dienstleistung eine „konsumierende Leistung" mit festen Bezügen ist, § 622.

d) Beim Darlehn ist die Kündigungszeit ein oder drei Monate, je nachdem das Darlehn innerhalb der amtsgerichtlichen Summe (300 Mk.) bleibt oder nicht. Die Frist gilt übrigens für das verzinsliche wie für das unverzinsliche Darlehn, bei ersterem zweiseitig,[1]) bei letzterem natürlich nur, was den Darleiher betrifft, § 609. Die häufige Nebenbestimmung, nicht kündigen zu wollen usw., ist den Umständen gemäß auszulegen.[2])

e) Beim Verwahrungsvertrag darf der Verwahrer jederzeit kündigen, d. h. die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen, § 696 B.G.B. Vgl. ferner §§ 671, 723 (unten S. 273).

Die angeführten Bestimmungen sind im allgemeinen nachgiebigen Rechts.

Oder die Kündigung ist

2. eine Kündigung nach Gesetz: unter gewissen Umständen kann selbst gegen die Vereinbarung gekündigt werden.

So a) beim Gesellschaftsverhältnis trotz vereinbarter Gesellschaftsdauer aus bestimmten Gründen ohne Kündigungsfrist, jedoch mit der Verpflichtung, daß es nicht zur

[1]) O.L.G. Karlsruhe 2. Okt. 1900 z. franz. Ziv.R. XXXIII S. 32 (wo zahlreiche Angaben ausländischer Entscheidungen).

[2]) Vgl. O.L.G. Dresden 19. Febr. 1901, Mugdan III S. 91.

Unzeit, d. h. nicht ohne Vorbereitung in einer für die Gesellschaft verhängnisvollen Übereile, geschehen soll, es müßte denn eine unzeitige Kündigung durch die Verhältnisse gerechtfertigt sein, § 723. Ähnliches gilt vom Beauftragten, § 671, auch vom Verwahrer (wo es allerdings nicht ausdrücklich gesagt ist), § 696. Vgl. auch § 675.

So b) beim Mietverhältnis entweder

α) in gesetzlicher Frist; gesetzliche Frist aber ist bei Grundstücken und Räumen Kalendervierteljahrsfrist, bei beweglichen Sachen der 3. Tag vor dem Beendigungstage, § 565, bei der Pacht gilt die Frist des § 595 (S. 269). Diese Fälle sind:

αα) Versetzungskündigung: wenn Beamte, Militärpersonen, Geistliche oder Lehrer dienstlich versetzt werden, dann haben sie ein Kündigungsrecht bezüglich der für sie oder ihre Familie bestimmten Wohnräume (nicht bezüglich anderer Räume z. B. Stallungen, nicht bei der Pacht), §§ 570, 596. Diese Versetzungskündigung ist auch dann statthaft, wenn der Beamte die Versetzung selbst beantragt[1]) oder verschuldet hat, auch wenn er in einen anderen Staat oder in eine andere Gemeinschaft oder einen Privatdienst eintritt; Versetzung ist Setzung in ein anderes Amt, nicht notwendig Setzung unter gleichzeitiger Wegsetzung: es genügt, wenn der Beamte den Dienst verläßt, um in einen anderen Dienst überzugehen.[2]) Kommt er in Ruhestand, so findet die Bestimmung dann Anwendung, wenn der Wegzug in einem solchen Falle gewöhnlich und üblich ist. Erlangt er in der gleichen Stadt eine Dienstwohnung, so ist der § 570 rechtsähnlich anwendbar.[3])

ββ) Kündigung des Erstehers bei der Zwangsversteigerung: § 57 Z.V.G.

γγ) Kündigung bei Tod des Mieters durch Erben oder Vermieter, bei Tod des Pächters durch Erben, §§ 569, 596; Kündigung nach § 549 (S. 317) — nicht bei Pacht, § 596.

δδ) Kündigung des Eigentümers im Fall der §§ 1056, 1423, 2135.

---

[1]) O.L.G. Hamburg, 3. Juni 1903 Jur.Z. IX S. 1000.

[2]) Eine höchst kleinliche Auslegung findet sich beim O.L.G. Königsberg 31. Okt. 1903, Mugdan VII S. 465: der Beamte hatte gekündigt, bevor er die entscheidende Anordnung hatte, sie folgte aber nach. Die Kündigung wurde nicht zugelassen!

[3]) Vgl. Trib. Antwerpen 18. Aug. 1901, Z. franz. Ziv.R. XXXIV S. 116.

εε) Kündigung nach Ablauf der längsten gesetzlich möglichen Bindung, § 567 (Ausnahme: die Lebenszeitmiete).

ζζ) Überhaupt die Kündigung bei Miete (Pacht) beweglicher Sachen, sofern der Mietzins nicht tagsweise bemessen ist, § 565.

Oder β) ohne Frist infolge von Störung bei Abwicklung des Mietsverhältnisses, und zwar

αα) wegen zeitweiser Nichtgewährung der Mietsache, § 542,

ββ) wegen schweren Mißbrauchs, § 553; so auch die Kündigung der Leihe wegen Mißbrauchs, § 605 Z. 2;

γγ) wegen Verzugs in der Mietzinszahlung für zwei aufeinander folgende Ziele (sofern der Verzug nicht vor der Kündigung geheilt wird), § 554.

So c) beim Dienstverhältnis:

α) Kündigung aus wichtigen Gründen ohne Kündigungsfrist, § 626, so natürlich vor allem auch wegen Nichtleistung, mag die Nichtleistung schuldhaft oder nicht schuldhaft sein, sodann aber auch aus anderen Gründen, welche ein gegenseitiges Zusammenwirken nicht mehr als angemessen erscheinen lassen;

β) Kündigung nach längstmöglicher Bindungsdauer (5 Jahren) mit 6monatlicher Frist, § 624.

So d) bei dem als unkündbar bezeichneten Darlehn nach 30 Jahren in 6monatlicher Frist, vgl. § 1202 B.G.B.

II. Die gesetzliche Kündigungsbefugnis ist entweder eine ständige oder eine Erstkündigungsbefugnis. Diese liegt dann vor, wenn jemand nur das erste Mal kündigen kann, sobald der Kündigungsfall eintritt: hier ist das Verhältnis auf die Schneide gestellt, und der Befugte kann entweder kündigen oder er muß die Kündigungsbefugnis für immer aufgeben. Dies ist der Fall bei Mietkündigungen, und zwar

1. bei der Erbenkündigung, §§ 569, 596,
2. bei der Versetzungskündigung, § 570,
3. bei der Kündigung durch den Ersteher in der Zwangsversteigerung, § 57 Z.V.G.

In einigen anderen Fällen kann der eine Teil dem andern eine Frist setzen, um bei Ausschluß innerhalb dieser zu kündigen, so §§ 1056, 1423, 2135.

C. Besondere Beendigungsgründe gehen

I. hervor

1. aus dem Vertrauensverhältnis,

2. aus dem häufig, aber nicht immer damit verbundenen, Verhältnis höchster Persönlichkeit,

3. aus dem Verhältnis der Unentgeltlichkeit.

II. Hiervon gilt folgendes:

1. Das Vertrauensverhältnis führt zur Befugnis der jederzeitigen sofortigen Kündigung, sofern das Verhältnis nur im Fall gegenseitigen vollen Vertrauens gedeihlich weiter geführt werden kann.

So a) bei Vertrauensdienstverhältnissen, die in der Art abgeschlossen sind, daß keine festen Bezüge gelten, sondern die Vergütung nach Art und Maß der beanspruchten Dienste erfolgt: hier ist die Kündigung stets zulässig ohne Kündigungsfrist. Doch soll der Dienstleistende, es müßte denn ein wichtiger Grund vorliegen, nicht zur Unzeit kündigen; er soll in der Art kündigen, daß anderweitige Hilfe noch in regelmäßiger Weise rechtzeitig zu beschaffen ist; das Gegenteil wäre eine Pflichtwidrigkeit, § 627. Vgl. S. 271.

b) Bei der Gesellschaft gilt kraft nachgiebigen Rechts jederzeitige Kündigung, jedoch so, daß sie, außer aus gewichtigem Grund, nicht zur Unzeit geschehen soll, § 723.

2. Die höchstpersönliche Art der Beziehungen führt zur Lösung des Rechtsverhältnisses durch den Tod des Leistenden (oder Gebrauchenden), mitunter auch durch den Tod des Leistungsempfängers. Ersteres ist der Fall bei Dienst- und bei solchen Werkleistungen, die streng auf die persönliche Leistung gestellt sind, § 613, sodann bei der Leihe, § 605 Z. 3, ferner beim Geschäftsbesorgungsvertrag, §§ 673, 675, und bei der Gesellschaft, § 727 (natürlich kraft nachgiebigen Rechts); beim Geschäftsbesorgungsverhältnis kann auch der Tod des Auftraggebers ein Grund der Auflösung sein, §§ 672, 675; ähnliches gilt von der Gesellschaft, natürlich kraft nachgiebigen Rechtes, § 727: denn die Gesellschaft kann auch unter den übrigen Gesellschaftern bestehen bleiben, oder es können die Erben des Verstorbenen oder auch ein Vermächtnisnehmer (dieser allerdings nur auf Umwegen) gerufen werden, §§ 727, 736. Wie der Tod, wirkt bei der Gesellschaft der Konkurs, §§ 728, 736. Vgl. auch § 23 K.O. (S. 393) und die Erbenkündigung S. 271, 272.

3. Die Unentgeltlichkeit führt bei der Geschäftsbesorgung, zu einem freien Widerruf des Auftrags und einer freien Kündigung von seiten des Beauftragten, letzteres jedoch so, daß er die Verpflichtung hat (abgesehen von dem Fall eines wichtigen Grundes) nicht zur Unzeit zu kündigen, § 671; so laut nachgiebigen Rechts. Sie führt aber ferner kraft zwingenden Rechts dahin, daß aus wichtigem Grund stets gekündigt werden kann; der wichtige Grund braucht hier nicht, wie bei der Gesellschaft, im Gegenseitigkeitsverhältnisse zu liegen, er kann in den einseitigen Interessen des Beauftragten begründet sein; denn der Beauftragte braucht für seine Gefälligkeit nicht noch seine Interessen zum Opfer zu bringen, § 671.

D. Die Kündigung wirkt an sich nur für die Zukunft. Jedoch können die Gründe, welche zur Kündigung führten, es mit sich bringen, daß der Teil, dem gekündigt wird, auch für die Vergangenheit aufkommen muß, sei es in der Art des Schadenersatzes, sei es so, daß er für die Vergangenheit der Vergütung ganz oder teilweise entbehren muß. Dafür bieten beim Dienstvertrag die §§ 628, 616 die Handhabe;[1]) das gleiche System muß aber auch bei anderen Rechtsverhältnissen durchgeführt werden: so beim Mietverhältnis, wenn es sich um eine Kündigung nach §§ 553, 554 handelt, so beim Gesellschaftsverhältnis, wenn die Kündigung durch die Pflichtwidrigkeit eines Gesellschafters oder sein (schuldhaft) ungenügendes Beibringen verursacht wird usw. (S. 266). In allen diesen Fällen kommt die allgemeine Bestimmung des § 276 zur Geltung.

In gleicher Weise kann bei der Kündigung, die aus den persönlichen Verhältnissen des Kündigenden hervorgeht, ein Abzug an der Vergütung begründet sein, wenn infolgedessen die bisherigen Leistungen an Interesse verlieren, § 628.

g) Besonderheiten.

α) Gebrauchsüberlassungs- und Dienstverhältnisse.

§ 103.

Gebrauchsüberlassungs- und Dienstverhältnisse haben das Besondere, daß sie eine fortdauernde Gebrauchs- oder Dienst-

[1]) In Fällen der Kündigung durch den Dienstberechtigten wegen widerrechtlichen Gebahrens des Dienstleistenden kann man von Entlassung sprechen; so die Preuß. Gesinde-O. §§ 117 ff.

leistung gegenüber einer (dieser fortdauernden Leistung entsprechenden) Gegenleistung (Zins, Vergütung) gewähren sollen. Daher die Folge:

1. Solange die Gebrauchsüberlassung gehindert ist, wird ein Mietzins nicht geschuldet, was natürlich auch bei der Pacht gilt,[1]) vorausgesetzt, daß es sich wirklich um ein Abgesperrtsein vom Pachtobjekt, nicht bloß um eine zeitweilige Unergiebigkeit handelt (denn einen gesetzlichen Pachtzinsnachlaß gibt es nicht mehr), §§ 537, 541, 581. Ist eine Entschädigung zu zahlen, so ist diese Minderung des Pachtzinses einzurechnen.[2]) Dasselbe gilt vom Dienstverhältnis, jedoch mit Ausnahme der sozialen Bestimmungen in § 616, wonach bei kurzen Unterbrechungen ein Abzug nicht stattfindet, kraft der Anerkennung der Persönlichkeit und ihrer Bedürfnisse (S. 341).

2. Gibt der Mieter die Mietsache aus Irrtum zu früh heim und nimmt sie der Vermieter aus Irrtum zu früh an, so kann dieser nicht etwa nachträglich die versäumten Mietzinsen verlangen.

3. Die Lebensverhältnisse bringen es mit sich, daß der Benutzende sich auf eine unterbrochene Nutzung nicht einzulassen braucht, sondern, wenn ihm der Gebrauch der Sache einstweilig entzogen wird, das Verhältnis kündigen, d. h. für die Zukunft lösen kann; denn er braucht sich auf die Möglichkeit späterer Gebrauchswiedererlangung nicht vertrösten zu lassen. Dies gilt ohne weiteres dann, wenn die Unterbrechung des Gebrauchs die Gebrauchsleistung für die Zwecke des Gebrauchenden gänzlich untauglich erscheinen läßt. In sonstigen Fällen wird das gleiche System, wie beim Verzug, eingehalten: der Mieter oder Pächter setzt (bei erheblicher Hinderung) eine angemessene Frist und kündigt, wenn innerhalb dieser die Gebrauchsmöglichkeit nicht hergestellt wird. Vgl. §§ 542, 581. Beim Dienstvertrag gibt der § 626 aus wichtigen Gründen eine Kündigungsbefugnis.

4. Das Verhältnis, wenn abgelaufen, kann (durch neutrale Handlung) fortgesetzt werden, sofern die Entwicklung eine zeitlich gleichartige ist; so Miete und Pacht, §§ 568, 581, so das

---

[1]) So wenn das Grundstück so überschwemmt ist, daß die Bestellungs- und Erntearbeiten nicht gemacht werden können. Unrichtig die landgerichtliche Entscheidung im Recht VIII S. 410.

[2]) O.L.G. Kassel, 26. Nov. 1908, Mugdan VII S. 467.

Dienstverhältnis, § 625 (nicht der Werkvertrag). Dann gilt das Verhältnis als für unbestimmte Zeit fortgesetzt.

Doch läßt diese neutrale Handlung eine Gegenwirkung zu, welche sie in ihrer Rechtsfolge aufhebt, in der Art nämlich, daß der eine oder andere innerhalb bestimmter Frist den entgegengesetzten Willen erklärt, bei Miete und Pacht in zwei Wochen, §§ 568, 581, beim Dienstverhältnis unverzüglich, § 625; die zwei Wochen zählen von der Fortsetzung des Gebrauchenden und von der Kenntnis der Fortsetzung durch den anderen. Im übrigen ist die Fortsetzung eine neutrale Handlung: sie verlangt keinen Fortsetzungswillen; insbesondere wirkt der Mietgebrauch während der 2 Wochen (§ 568) auch dann,

a) wenn der eine Teil von der Beendigung gar nichts weiß,
b) wenn er geschäftsunfähig oder,
c) wenn er an der Erklärung gehindert ist.

β) Gesellschaftsverhältnisse.

§ 104.

I. Der Gesellschaftsvertrag, welcher die Gesellschaft herbeiführt, ist kein Tauschvertrag mit Leistung und Gegenleistung; denn was die Gesellschafter zu leisten haben, leisten sie für ein gemeinschaftliches Vermögen zu einem festgesetzten Zweck, sie leisten es nicht, damit die eine Leistung für die andere einen Gleichwert biete: woraus sich von selbst die Möglichkeit ergibt, daß, während bei Austauschverhältnissen stets zwei Parteien einander entgegentreten, der Gesellschafter beliebig viele sein können. Hierzu kommt, daß bei einer Gesellschaft die Beiträge regelrecht nicht mit einer Leistung beendet sind, daß mindestens, was die Dienste betrifft, immer und immer wieder Neues in die Gesellschaft einzubringen ist. Davon, daß hier die eine Leistung einen Gegenwert für die andere böte, kann nicht die Rede sein.

II. Daher ist es beim Gesellschaftsverhältnis noch sicherer als bei anderen Rechtsverhältnissen, daß die § 320f. nicht zutreffen. Mithin gilt Folgendes:

1. Wenn der eine Teil die Leistung des anderen verlangt, so kann ihm nicht entgegengehalten werden, daß die Leistung gegen Gegenleistung geschuldet wird, sondern nur, daß die

Leistung zu einem Zweck geschuldet wird, zu dessen Erreichung vielleicht auch eine zweite und vielleicht noch eine dritte und vierte Leistung dienen soll. Von einer *exceptio non adimpleti contractus* ist hier nicht zu sprechen.

2. Ist die eine Leistung unmöglich, so gilt durchaus nicht ohne weiteres der § 323, in der Art, daß nunmehr auch die anderen Leistungen ganz oder teilweise ausfielen, sondern es kommt darauf an, ob der Gesellschaftszweck mit den noch übrigen Leistungen zu erreichen ist. Ist dies nicht der Fall, dann gilt allerdings der § 726, und die Gesellschaft ist beendet durch die Unmöglichkeit der Erreichung des Zieles.

3. Wenn bei der Gesellschaft Dienste zu leisten sind oder eine Gebrauchsüberlassung geschuldet wird, so entwickelt sich das Verhältnis anders als bei Miete und Dienstvertrag. Der Gebrauchsüberlasser hat nicht wie ein Vermieter für die Erhaltung der Sache im entsprechenden Stande zu sorgen, sondern dies ist Aufgabe der „Gesellschaft"; und wenn ein Gesellschafter seine Dienste nicht leisten kann, so treten nicht die Folgen wie beim Dienstvertrag ein, sondern es kann, wenn bei der Gewinnverteilung die Dienste mit in Anschlag gebracht werden, eine entsprechende billige Änderung des Verteilungsmaßstabes stattfinden, und außerdem kann nach § 723 unter Umständen eine Auflösung des Verhältnisses begehrt werden.

4. Verhindert der Gesellschafter ein Leistung des anderen oder verschuldet er die Unmöglichkeit seiner eigenen Leistungen oder ist er in Verzug, so gilt die gleiche Erwägung, wobei allerdings derjenige, der die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder durch Verzug Schaden bringt, zum Schadenersatz verpflichtet sein kann; aber das Gleiche kann auch der Fall sein, wenn ein Gesellschafter außerhalb seiner geschuldeten Vertragsleistungen gegen die Gesellschaftszwecke sündigt, so z. B., wenn er den Gesellschaftszweck durch böswillige Machenschaften verhindert oder durch einen Geheimnisverrat, wodurch das ganze Ziel der Gesellschaft unmöglich wird. In solchem Falle tritt eben die Haftung nach Maßgabe des § 708 ein. Diese Behandlung des Gesellschaftsverhältnisses kann dann allerdings zu ähnlichen Ergebnissen führen wie nach §§ 325, 326: dem Rücktritt ähnlich wirkt ja die Auseinandersetzung, und bei ihr kann nach der Rechtsähnlichkeit der §§ 325, 326, 346f.

die Gestaltung eintreten, daß für die Dienste, die ein Gesellschafter geleistet hat und die bei der regelrechten Entwicklung der Gesellschaft nicht vergütet würden (§ 733), eine entsprechende Vergeltung zu leisten ist; und ebenso für die Nutzungen eines der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Vermögensstückes (§§ 346, 347, 733); dies dann, wenn der andere Gesellschafter die Vereitlung des Zweckes zu vertreten hat. Vgl. S. 262.

III. Das Ganze gilt, auch wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, es gilt in gesteigerter Weise bei einer Mehrheit von Gesellschaftern. Wollte man hier einen Rücktritt in der gewöhnlichen Weise der Tauschverträge annehmen, so müßte man, wenn einer der Gesellschafter, z. B. B im Verschulden wäre, annehmen, daß die übrigen, A und C, zusammentreten müßten, um den Rücktritt zu erklären, und wenn nun in diesem Falle nicht nur B, sondern auch C ein den Rücktritt rechtfertigendes Verschulden träfe, so könnten auf der einen Seite A und C gegen B und sodann A und B gegen C den Rücktritt äußern, Dinge, welche sich als vollkommen unzulässig herausstellen.

B. Schuldverhältnisse aus anderen Gründen.

§ 105.

Einseitige Rechtshandlungen, aus welchen Schuldverhältnisse hervorgehen, sind

1. die Schuldschöpfung (Kreation), also die einseitige Erklärung des Schuldners, Schuldner sein zu wollen,

2. die latente Rechtshandlung der Menschenhülfe, sofern jemand als ein im Interesse eines anderen Handelnder tätig ist, sei es als voller Menschenhelfer, sei es als Gemeinschaftsgenosse im gemeinsamen Interesse seiner und des Dritten (S. 445, I S. 581).

Über die Schuldschöpfung in Verbindung mit Verträgen ist bereits gehandelt worden (vgl. o. S. 255 f.); im übrigen ist über diese Rechtsgebilde im besonderen Teil zu sprechen, ebenso über die Ausgleichsordnung des Rechtsverkehrs und des Unrechtsverkehrs. Ein Grund, Erörterungen hieraus in den allgemeinen Teil zu nehmen, liegt bei der sofort durchsichtigen Art dieser Verhältnisse nicht vor.

Besonderer Teil.

I. Abschnitt.

Verträge.

I. Einseitigkeitsverträge.

1. Schenkung.

a) Begriff.

§ 106.

I. Schenkung ist die Gabe des deutschen Rechts; sie ist ein einseitiges (unmittelbares oder mittelbares) Schuldverhältnis mit beiderseits beabsichtigter gegenständlicher Zuwendung.

II. Sie ist ein unmittelbares oder ein mittelbares Schuldverhältnis, ein unmittelbares, wenn der Schenker eine Leistung verspricht, ein mittelbares (im Sinn von oben S. 3), wenn er die Leistung sofort vollzieht.

III. Sie ist ein Einseitigkeits-, nicht ein Gegenseitigkeits-, nicht ein Austauschgeschäft. Allerdings kann ihr eine Gegenschenkung gegenüberstehen, aber dies ist nur etwas Tatsächliches; sie kann insofern vergolten sein, als mit ihr eine Auflage verbunden ist, allein die in der Auflage enthaltene Vergeltung ist nicht Gegenleistung im Sinne eines Leistungsaustausches.

Dagegen wird die Schenkung durch jede Gegenleistungspflicht ausgeschlossen, auch wenn die Gegenleistung an einen dritten zu geschehen hat, auch wenn sie keine vermögensrechtliche Wesenheit hat; denn der große Rechtssatz, daß ein Schuldverhältnis keine vermögensrechtliche Beziehung verlangt, hat von selber die Folge, daß auch eine nichtvermögensrechtliche Leistung als eine Gegenseitigkeit zu gelten vermag.

IV. Die Schenkung muß eine Zuwendung enthalten; die Zuwendung setzt voraus, daß ein Vermögenswert dem einen Vermögen zu Gunsten des anderen entzogen wird. Daher gilt folgendes:

1. die Gabe verlangt eine Verringerung des Vermögens des Gebers. Mithin kann zwar die Gabe auch im Unterlassen einer Vermögenszwecktätigkeit bestehen, nicht aber im Aufgeben einer Erwerbsmöglichkeit: was ich haben kann, habe ich noch nicht. Dies gilt auch bei Erbschaften und Vermächtnissen, denn die Ausschlagung bringt die Angelegenheit in den Stand, als ob ein Anfall niemals stattgefunden hätte, § 517. Dagegen kann eine sonstige Unterlassung, sofern sie mit der Absicht stattfindet, dadurch die Rechtslage des anderen und damit auch mittelbar dessen Recht zu verbessern, immerhin Schenkung sein, wie z. B. die Unterlassung des Wechselprotestes, die Unterlassung einer Berufungseinlegung, eines Einspruches, die Unterlassung einer Klageerhebung u. a. Dies ist insbesondere für das Anfechtungsrecht im Konkurs und außerhalb des Konkurses von der größten Erheblichkeit.

Eine Verringerung des Vermögens liegt nicht in der Erfüllung einer, wenn auch deckungslosen Verbindlichkeit,[1]) z. B. in der Erfüllung einer durch Zwangsvergleich oder Verjährung deckungsunfähig gemachten Forderung. Vgl. S. 17, 185.

2. Die Gabe verlangt eine rechtliche oder tatsächliche Erweiterung des Vermögens des Empfängers. Daher ist die Sicherung eines vorhandenen Rechts keine Gabe: mithin ist es keine Gabe, wenn jemand bürgt oder für einen Dritten ein Pfand bestellt, was namentlich wegen des Widerrufs und wegen der Rechte im Falle der Verarmung sowie wegen der Verfügungsgewalt beim ehelichen Gütersystem von Wichtigkeit ist.[2]) Allerdings kann die Bürgschaft auf einer Schenkung gegenüber dem Schuldner beruhen, sofern der Bürge keinen Rückgriff nehmen soll; dem Gläubiger gegenüber aber ist sie niemals eine Gabe. Ebensowenig aber liegt eine Gabe vor, wenn der Gläubiger auf Sicherung, Bürgen, Pfand usw.

[1]) Verkehrt R.G. 22. Jan. 1904 Monatsschr. f. H. XIII S. 128, 130 und die dort erwähnten früheren Entscheidungen (allerdings im Gebiete des C. civil).

[2]) R.G. 16. April 1903, Entsch. 54, S. 282, O.L.G. Kolmar, 9. Dez. 1902, Z. f. Els.Lothr. XXVIII S. 626.

verzichtet oder einem anderen Hypothekengläubiger ein Vorrecht gewährt.[1])

V. Die Gabe kann eine gegenständliche Gabe aller Art sein; sie kann auch eine Wertgabe sein; dies ist der Fall,

1. beim Erlaß, denn der Erlaß bringt den Wert der Leistung in das Vermögen des Schuldners; es ist der Fall:

2. wenn bei einem Austauschvertrag die Gegenleistung niedriger gestellt wird, als es den Wertverhältnissen angemessen ist, und zwar zum Zweck der Zuwendung, also nicht, wenn jemand aus Not eine Sache zu billig verkauft; es ist der Fall:

3. beim Versprechen einer Unterlassung; denn dieses Versprechen ist ein allenfallsiges Wertversprechen, namentlich wenn damit eine Vertragsstrafe verbunden wird.[2])

Geschenkt ist im erstern Fall der Wert der Forderung, im zweiten Fall der Wert, welcher, der Schenkungsabsicht entsprechend, herabgestrichen wird, nicht der durch das entgeltliche Geschäft zugewendete Gegenstand, weshalb die Bestimmungen von §§ 816, 822 B.G.B., § 40 Z. 3 K.O. und § 11 Z. 3 Anfechtungsgesetz nicht anwendbar sind; auch bleibt hierbei der § 518 aus dem Spiel, da hier nicht ein Schenkungsversprechen vorliegt, sondern durch die Herabsetzung des Kaufpreises die Schenkung sofort vollzogen wird; auch § 519 kann nicht in Betracht kommen, wohl aber die Bestimmungen über Widerruf, über Verarmung, über Pflichtteil; auch über Anfechtung, natürlich insofern, als nicht die Sache, sondern der Wert als Geschenk gilt und mithin dieser der Gegenstand der Anfechtungserklärung und des entsprechenden Schuldanfechtungsrechtes ist.

4. Die Gabe kann auch eine Wertzuwendung anderer Art sein, sie kann z. B. durch Zahlung der Schulden, durch Aufwendung auf fremdes Vermögen erfolgen.

5. Der Gegenstand kann auch ein Immaterialgut sein, auch eine Forderung (z. B. ein Sparkassenguthaben), auch ein veräußerliches Persönlichkeitsrecht, auch eine ganze Vermögensmasse; dagegen nicht Gebrauchsüberlassung, Dienste oder

---

[1]) O.L.G. Celle 29. Sept. 1903, Mugdan VIII, S. 75.

[2]) Das scheint in R.G. 1. Mai 1903 Jur.Z. VIII S. 429 nicht genügend beachtet zu sein.

Zustandsleistungen: unentgeltliche Leistungen dieser Art unterliegen ihren besonderen Bestimmungen.

VI. Die Gabe verlangt eine beiderseits beabsichtigte Zuwendung; sie liegt also nicht vor:

1. wenn kein Teil die Zuwendung beabsichtigt, wenn also entweder bestimmte, den Parteien unbekannte Umstände zu einer Bereicherung und Verarmung geführt haben, oder wenn der, welcher sein Vermögen aufopferte, in Not, Leichtsinn oder Unbesonnenheit gehandelt hat (S. 282); wobei aber zu bemerken ist, daß die Absicht, Gläubigern oder anderen Dritten durch Schenkung zu schaden, die Schenkungsabsicht nicht ausschließt.

2. Sie liegt nicht vor, wenn eine Familienausgleichung in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Verteilung des Familienvermögens stattfindet (S. 230); so bei der Ausstattung eines Kindes innerhalb der Grenzen, welche durch die Lage des Vermögens gesteckt sind, § 1624.[1])

3. Sie liegt nicht vor, wenn der eine Teil eine Zuwendung beabsichtigt (z. B. indem er des andern Schulden bezahlt), der andere Teil sie aber zurückweist; in welchem Fall eine Bereicherung eintritt, die durch keinen Titel getragen und daher eine ungerechtfertigte Bereicherung ist. Hier kann der Zuwendende den anderen Teil zu einer Erklärung unter Fristsetzung drängen, ansonst die Gabe als angenommen gilt, § 516.

4. Dagegen liegt eine Gabe auch dann vor, wenn die Zuwendung für besondere im Interessenkreise der Beschenkten liegende Zwecke erfolgt;[2]) auch dann, wenn sie mit einer Auflage belastet ist.[3])

b) Form.

§ 107.

I. Die Gabe verlangt weder in der Gestalt einer Sach- oder sonstigen Gegenstandsübertragung, noch in der Gestalt einer Wertübertragung eine andere Form, als die Form, welche diese Übertragung an sich erfordert; sie verlangt keine andere Form — ohne Rücksicht auf die Höhe der Zuwendung.

---

[1]) Vgl. Kammergericht 8. Jan. 1908, Mugdan VII S. 115.

[2]) So das Aussteuerversprechen eines Dritten; R.G. 29. Okt. 1903, Seuffert 59 No. 181; auch R.G. 6. Juni 1904 Jur.W. XXXIII S. 405.

[3]) O.L.G. Darmstadt 29. Nov. 1901, Mugdan V S. 145.

II. Sie verlangt aber, wenn sie eine durch Schenkungsversprechen erfolgte Gabe ist, die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; mindestens muß das Versprechen diese Form an sich tragen; doch kann der Mangel nach den obigen Grundsätzen (S. 185) geheilt werden, § 518. Vgl. I S. 531.

c) Überreste der Verfügungsbefugnis des Schenkers.

α) Widerrufsbefugnis.

§ 108.

I. Von der allgemeinen Widerrufsbefugnis, welche dem Schenker in früheren Zeiten zustand, ist die Widerrufsbefugnis wegen Undanks geblieben.

II. Der Widerruf ist daher heutzutage eine Befugnis des Schenkers als Vergeltung gegenüber einer schweren Verletzung seiner Persönlichkeit, als welche auch eine Verletzung naher Angehöriger gilt. Er beruht auf dem Persönlichkeitsrecht und wird darum noch in der Lehre von der Persönlichkeit erörtert werden; ein Verzicht zum voraus ist unstatthaft, § 533.

III. Er steht der Person des Schenkers zu, nicht etwa dem gesetzlichen Vertreter; er kann aber vom Geschäftsbeschränkten mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ausgeübt werden; auf die Erben geht die Befugnis als abgeleitete Persönlichkeitsbefugnis nur in beschränktem Maße über, wenn nämlich der andere Teil auf den Schenker in einer Weise eingewirkt hat, welche die Ausübung dieses Persönlichkeitsrechts verhindert hat; daher

1. bei Widerrufshinderungen, vorausgesetzt, daß die hindernde Tätigkeit eine vorsätzliche und widerrechtliche gewesen ist,

2. bei vorsätzlicher und rechtswidriger Tötung des Erblassers: fahrlässige Tötung, Körperverletzung mit nachgefolgtem Tod kommen nicht in Betracht, auch nicht Notwehrtötung und Tötung in Erfüllung einer staatlichen Pflicht, § 530.

IV. Bei Schenkungen unter Ehegatten, die während der Ehe oder während des Brautstandes erfolgen, entsteht ein Widerrufsrecht durch das Ehescheidungsurteil, wenn es den Beschenkten für den allein schuldigen Teil erklärt: entscheidend ist die Rechtskraft des Urteils, jedoch hebt eine Aufhebung kraft Wiederaufnahme des Verfahrens die Befugnis auf. Der Gedanke ist natürlich auch hier: das Persönlich-

keitsrecht regt sich und wirkt gegen den Undank; er ist aber in der Art zum Ausdruck gekommen, daß unter allen Umständen nur das Scheidungsurteil maßgebend ist, ohne Unterschied, ob es richtig oder unrichtig ist; denn diese Befugnis ist einfach eine Folgerung aus dem durch eine solche Ehescheidung herbeigeführten Gesamtverhältnis. Hier ist die Befugnis ausnahmslos persönlich, § 1584.

V. Der Widerruf ist eine Genugtuungshandlung und richtet sich daher gegen die Person des Undankbaren, der dadurch getroffen werden soll. Sie richtet sich nicht gegen die Erben, weshalb durch Tod des Beschenkten die Möglichkeit des Widerrufs erlischt, §§ 532, 1584. Sie geschieht durch ankunftsbedürftige Erklärung, § 531 (1584).

VI. Die Befugnis erlischt durch Zeitablauf, denn sie ist der Ausfluß persönlicher Stimmungen, die nur während einer bestimmten Zeit gerechtfertigt sind. Die Zeit ist ein Jahr seit der Kenntnisnahme, bei Ehegatten ein Jahr nach Rechtskraft des Scheidungsurteils, §§ 532, 1584. Sie erlischt ferner durch Verzeihung, aus denselben Gründen, § 532; was aber bei Ehegatten nicht gilt, die ein für alle Mal geschieden sind: anders wäre es, wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben wäre und wiederhergestellt würde, § 1587.

VII. Das Persönlichkeitsrecht stößt die Schenkung um: das Zugewendete hat nicht mehr Schenkungscharakter und stellt darum eine ungerechtfertigte Bereicherung dar; deshalb entsteht ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung: dieser folgt den gewöhnlichen Regeln, ist vererblich, veräußerlich und unterliegt der ordentlichen Verjährung. Maßgebend ist hierbei § 820, denn der Wegfall des Schenkungscharakters durch Widerruf ist bei jeder Schenkung als möglich vorauszusehen.

β) Auflage.

§ 109.

I. Die Auflage[1]) ist eine dem Beschenkten in Abhängigkeit von der Schenkung obliegende Verpflichtung, welche zugleich eine entsprechende Minderung der Schenkung enthält.

---

[1]) Die Auflage ist aus dem altindogermanischen, ja ganz allgemein menschlichen Gedanken hervorgegangen, daß die Schenkung entlohnt werden

1. Sie ist keine Gegenseitigkeitsverpflichtung; daher bleibt

a) die Schenkung bestehen, auch wenn die Erfüllung der Auflage unmöglich ist (vgl. auch § 2195); desgleichen wenn sie als unsittlich nichtig ist, es müßte sich denn infolge dieser Auflage die ganze Schenkung als unsittlich, als auf Beförderung der Unsittlichkeit hinzielend, darstellen, in welchem Fall das Ganze nichtig wäre.

b) Der Schenker hat im Fall des Schenkungsversprechens nicht das Recht des § 321, wenn der Beschenkte in Vermögensverfall gerät; doch kann er es im einzelnen Fall haben kraft des Rechts der Voraussetzung.

2. Sie steht zur Schenkung im Abhängigkeitsverhältnis; daher gilt folgendes:

a) sie kann erst beansprucht werden, wenn die Schenkung geleistet (befriedigt) ist, also nicht nach dem bloßen Schenkungsversprechen; auch ist es nicht so, daß etwa der Auflagepflichtige nur die Erfüllung der Auflage verweigern könnte, bis die Schenkung befriedigt ist, sondern eine auf Befriedigung der Auflage gerichtete Klage ist nur dann schlüssig, wenn die Vollziehung der Schenkung mitbehauptet ist, § 525. Ob der Leistungsversuch der Leistung gleichsteht, richtet sich nach den Erfüllungsgrundsätzen (S. 60, 185, 188, 192).

b) Der Beschenkte hat insoweit ein Recht auf Deckung, als ihm der mangelfreie Schenkungsgegenstand Deckung bieten kann, § 526. Dieses Deckungsrecht macht sich geltend,

α) in einer Einredebefugnis, wonach der Beschenkte, wenn ihm ein mangelhafter Gegenstand geleistet worden ist, die Vollziehung der Auflage insoweit verweigern kann, bis ihm entsprechende Deckung geworden ist (I S. 193),

---

müsse, aber ohne daß die Entlohnung den strengen Charakter der Gegenleistung an sich trage. Dieser Gedanke läßt sich im Rechte aller Völker nachweisen, sofern sie noch nicht darüber hinausgewachsen sind. Die Auflage ist nichts anderes als eine Art der Entlohnung; ihre Nichterfüllung ist zunächst nur ein Grund des Widerrufs; später entsteht auch ein Erfüllungsanspruch. Besonders klar läßt sich die Entwicklung im Islamrecht einerseits (wie ich es in meinen Rechtsvergleichenden Studien S. 91f. dargestellt habe) und im skandinavischen Recht andererseits verfolgen (Amira, Nordgerm. Obligat. Recht II S. 615f., 619). Über den Anspruch des Staates nach § 525 ist im Erbrecht zu handeln.

β) in einem Bereicherungsanspruch, wenn der Beschenkte, obgleich ihm ein mangelhafter Gegenstand gegeben worden war, in Unkenntnis der Mängel geleistet hat und darum deckungslos ist.

3. Die Auflage enthält eine Verpflichtung, nicht eine bloße Minderung des Geschenkes. Daher ist der Beschenkte zur Erfüllung der Auflage verpflichtet, auch wenn sie über den Betrag des Geschenkes hinausgeht.[1]) Die Möglichkeit, sich durch Zurückgabe der Schenkung zu lösen, besteht nicht; ebensowenig die Möglichkeit, sich von der Auflage dadurch zu befreien, daß man im Fall eines Schenkungsversprechens die Annahme der Erfüllungsleistung ablehnt.

4. Die Auflage ist also mehr als eine Minderung der Schenkung: sie ist eine dem Beschenkten obliegende Verpflichtung; dies schließt aber nicht aus, daß der Schenker, wenn die Auflage nicht in pflichtgemäßer Weise erfüllt wird, sie als Minderung der Schenkung behandeln kann, indem er unter solchen Umständen von der auflagebelasteten Schenkung in dem Maße zurücktritt, daß die Schenkung eine der Auflagehöhe entsprechende Minderung erfährt. So wenig also der Beschenkte in der Lage wäre, der Verpflichtung durch eine Minderung der Schenkung zu entgehen, so sehr ist es dem Schenker gestattet, an Stelle der Verpflichtung einen derartigen Minderungserfolg treten zu lassen: im Mehr ist das Weniger enthalten, § 527.

Von selbst versteht sich aber, daß der Schenker nur dann diese Befugnis hat, wenn er allein über die Auflage verfügen kann. Das ist aber nicht der Fall, wenn die Auflage zugleich zu Gunsten eines dritten ist, in der Art, daß der Dritte ein selbständiges Recht auf Erfüllung besitzt: hier kann der Schenker dem Dritten das Recht nicht dadurch entziehen, daß er an Stelle der Verbindlichkeit eine bloße Minderung treten läßt; dies kann nur mit dessen Zustimmung geschehen, § 525, 527.

II. Die Erklärung des Schenkers, statt der Verpflichtung eine Minderung zu setzen, ist eine Rechtshandlung, die den Grundsätzen der Rechtshandlung unterliegt (I S. 541).

---

[1]) Dies kann trotz der Schenkungsnatur vorkommen, wenn z. B. die Parteien die Schenkungssache zu hoch geschätzt haben oder, wenn der Wert des Geschenkten nachträglich abgenommen hat. Beim Vermächtnis gelten andere Grundsätze, § 2187.

III. Die Behandlung der Minderungsbefugnis entspricht den Grundsätzen des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verpflichtungen (§ 527), so daß,

1. wenn der Beschenkte zur Erfüllung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist, ohne weiteres eine Frist gestellt werden kann, mit der Wirkung, daß nach deren Ablauf die Minderung erfolgt, §§ 283, 325;

2. daß ferner die Minderung statthaft ist, wenn der Beschenkte durch sein Verschulden die Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage herbeigeführt hat, § 325, und

3. daß sie erfolgt, wenn er in Bezug auf die Erfüllung der Auflage in Verzug ist, in welcher Beziehung auf die früheren Ausführungen S. 251f. zu verweisen ist, §§ 326, 527.

Der Betrag der Minderung ist als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.

d) Voraussetzungen.

α) Gewillkürte.

§ 110.

I. Möglicherweise ist die Erfüllung der Auflage als eine Voraussetzung für die Wirksamkeit der ganzen Schenkung gesetzt, indem es unter den Parteien ausgemachte Sache ist, daß der Beschenkte nur im Falle der Erfüllung der Auflage die Schenkung behalten darf. In einem solchen Falle liegt, wenn die Auflage nicht erfüllt wird oder durch Schuld des Beschenkten nicht mehr erfüllbar ist, ein Haben ohne rechtlichen Grund in Bezug auf die ganze Schenkung vor, und daher ist eine Rückforderung der ungerechtfertigten Bereicherung gestattet; in einem solchen Fall gilt nicht etwa bloß der Wert der Auflage, sondern alles Geschenkte als ungerechtfertigte Bereicherung. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Auflage in einer Unterlassung besteht und der Beschenkte dem Verbote zuwider handelt. Vgl. I S. 570.

II. Auch eine solche Gestaltung der Sache ist möglich, daß die (scheinbare) Auflage als bloße Voraussetzung gedacht ist, sodaß bei Nichterfüllung oder Zuwiderhandlung keine Forderung auf Leistung der Auflage erwächst, sondern nur das schenkungsweise Gegebene als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten ist (reine Voraussetzungsschenkung).

Auch dies wird namentlich dann der Fall sein, wenn etwas mit der Bestimmung geschenkt wird, daß der Beschenkte irgend ein Handeln unterlassen soll; z. B. ich gebe jemandem etwas mit der Auflage, ein gewisses Gewerbe nicht weiter zu betreiben, einem gewissen Laster nicht weiter zu fröhnen usw. Hier ist der Sinn nicht der einer Auflageverpflichtung, sondern der einer Voraussetzung; dies umsomehr, wenn die Unterlassung einer Handlung in Frage steht, die, weil sie dem freien Leben angehört, überhaupt nicht Gegenstand einer schuldrechtlichen Verpflichtung sein kann.

III. Zu den reinen Voraussetzungsschenkungen können auch die Freigebigkeiten gehören, welche für den Zweck einer Untersuchung, einer Forschung, einer künstlerischen Arbeit gemacht werden. In solchem Fall kann ein gegenseitiger Vertrag vorliegen, in der Art, daß der eine die Geldleistung verspricht oder bereits bewirkt und der andere sich zu einer Arbeit verpflichtet, die ja nicht notwendig eine Arbeit zu Gunsten der Gegenpartei zu sein braucht, sondern eine Arbeit im allgemeinen wissenschaftlichen oder Kunstinteresse sein kann. Gewöhnlich aber werden solche Zuwendungen in der Art gemacht, daß der Arbeitende nicht die Arbeit verspricht, sondern sie sich vorbehält und erklärt, daß die Geldleistung für den Fall der vollgewichtigen Arbeit gemacht sein solle. Ein derartiges Geschäft nun kann in doppelter Weise aufgefaßt werden: als ein gegenseitiger Vertrag mit einseitiger Bindung, ähnlich dem Kauf auf Probe; meist aber ist es gar nicht als gegenseitiger Vertrag gedacht, sondern als Schenkung unter einer Voraussetzung; woraus hervorgeht, daß nicht die Bestimmungen der §§ 323f. gelten, sondern die Sonderbestimmungen über die Voraussetzungen.

β) Gesetzliche Voraussetzungen.

§ 111.

I. Die Schenkung erfolgt unter zwei gesetzlichen Voraussetzungen: 1. unter der Voraussetzung, daß sie den Schenker nicht in Not bringt; wenn daher eine solche Not eintritt, so ist soviel von der Schenkung, als erforderlich ist, um die Not zu heben, voraussetzungswidrig gegeben, so daß es sich als eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt; nur daß hierbei die Not nicht durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit

herbeigeführt sein darf; auch darf nicht die Gegenvoraussetzung eintreten, daß auch der Beschenkte in Not ist. Daher bewirkt die Verarmung des Schenkers eine Pflicht zur Rückzahlung, nicht der ganzen Schenkung, nicht der bestimmten Schenkungssache, sondern desjenigen Betrages, welcher nötig ist, um die Verarmung zu heben; dieser Wertbetrag ist voraussetzungslos: er ist darum als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben; jedoch mit der Befugnis des Beschenkten, an Stelle dessen den nötigen Unterhalt in einer Rente zu leisten und dadurch die Voraussetzungslosigkeit fern zu halten, § 528.

II. Eine Verarmung liegt dann vor, wenn der Schenker nicht mehr in der Lage ist, seinen standesgemäßen Unterhalt zu bestreiten und gewisse gesetzliche Unterhaltspflichten zu erfüllen; sie kommt auch dann in Betracht, wenn sie bereits zur Zeit der Schenkung bestand. Kann der Schenker durch standesmäßige Tätigkeit seinen Unterhalt ohne erhebliche Schwierigkeit erwerben, so ist keine Verarmung gegeben: die Trägheit haben wir nicht zu fördern; anders natürlich, wenn der Schenker darum von gewinnbringender Arbeit fernbleibt, weil er sich wissenschaftlicher oder künstlerischer Tätigkeit widmet: in diesem Fall ist er, wenn er seinen Unterhalt einbüßt, in Notlage, auch wenn er sich durch eine sonstige anständige Tätigkeit sein „Brot erwerben könnte".

III. Die gesetzliche Voraussetzung beruht auf demselben Grundgedanken, auf dem es beruht, daß ein Schenkungsversprechen nicht in der Weise erzwungen werden kann, daß solches zur Not des Schenkers ausschlüge. Doch ist hier der Begriff der Not etwas enger als im Falle des Schenkungsversprechens. Bei diesem nämlich kommen alle gesetzlichen Unterhaltspflichten in Abzug, hier aber nur die gesetzlichen Unterhaltspflichten gegen die Verwandten und den Ehegatten (den gegenwärtigen und den früheren), nicht aber die Unterhaltspflichten gegenüber den unehelichen Kindern, vgl. §§ 528 und 519.

IV. Bei mehreren Schenkungsversprechungen und bei mehreren Schenkungen geht die erste Schenkung der zweiten und folgenden vor; wenn daher irgend ein Eingriff in die Freigebigkeiten gemacht werden muß, so muß zuerst die letzte Schenkung gemindert werden, dann die früheren. Solches gilt

1. bei einer Mehrheit von Schenkungsversprechen, wenn die Einrede des Notbedarfs geltend gemacht wird: diese ist zuerst gegenüber dem letzten Schenkungsversprechen zulässig, dann gegenüber dem vorletzten insoweit, bis die Notbedarfserfordernisse gedeckt sind. Ist daher die frühere Schenkung an sich (ohne die künftigen) nicht geeignet, den Schenker in Not zu bringen, dann behält es bei ihr in vollem Maße sein Bewenden, § 519. Dasselbe gilt

2. dann, wenn mehrere Schenkungen hinter einander gemacht sind und der Schenker nachträglich in Not gerät, sodaß nunmehr eine Rückforderung des Notbetrages erfolgt: die ungerechtfertigte Bereicherung ist zunächst eine solche des letzten Beschenkten und nur, wenn auch dies nicht zur Hebung der Not ausreicht, eine solche des vorletzten Beschenkten usw. Daraus ergibt sich

3. von selbst, daß, wenn der Schenker gegenüber einer späteren Schenkung die Notbedarfsbefugnis nicht geltend macht und infolgedessen nicht zu seiner Notlinderung gelangt, der frühere Beschenkte insoweit nicht angegriffen werden darf. Anders ist es, wenn der spätere Beschenkte nicht mehr in der Lage ist, die Notbedarfssumme herauszugeben: in diesem Fall ist der frühere Beschenkte zu Unrecht bereichert, und es darf auf ihn zurückgegriffen werden; dies ohne Zweifel dann, wenn der Letztbeschenkte darum nicht mehr haftet, weil er nichts mehr vom Schenkungswerte besitzt, aber auch dann, wenn er noch bereichert, aber, infolge der Anforderungen anderer Gläubiger, nicht fähig ist zur Erstattung; und das ist richtig, obgleich der Wortlaut des § 528 Abs. 2 ungenau gefaßt ist: wir dürfen auch hier den Rechtsgedanken nicht unter der mangelhaften Formulierungskraft der Redaktoren in die Brüche gehen lassen.

V. Die Schenkung erfolgt 2. unter der weiteren Voraussetzung, daß durch die Schenkung nicht Zustände herbeigeführt werden, wodurch die Rechtsstellung des Pflichtteilsberechtigten verletzt wird, worüber im Erbrecht zu handeln ist, § 2329. Vgl. auch über Unterstützungsschenkungen § 520.

VI. Beide Voraussetzungen schwinden, wenn die Schenkung bereits 10 Jahre alt ist: die 10 Jahre laufen von der Schenkung,

und wenn es sich um ein Schenkungsversprechen handelt, von der Leistung in Erfüllung dieses Versprechens an, §§ 529, 2325. Vgl. S. 184.

e) Verweisung.

§ 112.

Man vergleiche noch, soweit es sich um Grundsätze der Freigebigkeitsgeschäfte handelt, S. 230f. und bezüglich der Rechts- und Sachmängel S. 74, 79, 84, 108, bezüglich der Haftung S. 33, 39, bezüglich des Verzugs S. 86.

2. Leihe.

§ 113.

I. Die Leihe (§ 598) enthält eine Einseitigkeitsleistung, aber keine Gegenstandsleistung, sondern eine Gebrauchsüberlassung einer (beweglichen oder unbeweglichen) Sache; welche Leistung sich also nicht in einem Augenblick erschöpft, sondern sich längere Zeit fortsetzt, sodaß nicht ein bloßes Rechtsgeschäft, sondern ein Rechtsverhältnis entsteht, das seinen besonderen Regeln folgt. Daher gelten die Grundsätze der Schenkung, insbesondere bezüglich des Widerrufs, bezüglich der nachträglichen Vermögensunzulänglichkeit und bezüglich der Form, nicht. Das Versprechen der Leihe ist formlos, und was die Vermögensunzulänglichkeit angeht, so besteht nur der eine ähnliche Rechtssatz, daß, wenn der Verleiher in unvorhergesehener Weise die Sache selber bedarf, er das Leihverhältnis zu kündigen vermag, ein Satz, der auch auf den Voraussetzungsgedanken zurückgeführt werden kann (oben I S. 575), § 605, Z. 1.

II. Dagegen sind die Haftungsverhältnisse denen der Schenkung insofern ähnlich, als auch der Verleiher nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einsteht und auch in Bezug auf die Verschweigenshaftung auf Arglist beschränkt ist, §§ 599, 600 (S. 33, 39); als das Leihverhältnis Auflagen zuläßt (z. B. bezüglich der Pflege eines geliehenen Tieres), in der Art, daß während des Leihgebrauchs die Erfüllung der Auflage beansprucht und wegen Nichterfüllung der Auflage die Herausgabe der Leihsache verlangt werden kann, vgl. §§ 526, 527.

III. Die Leihe ist eine Freigebigkeit in Bezug auf die Sachbenutzung; daher gilt, was die Benutzungsweise betrifft,

die Ähnlichkeit der Miete und Pacht: der Entleiher haftet für alle Sorgfalt und hat den Nutzaufwand der Sache zu bestreiten, § 601, der Leiher wird Eigentümer der Früchte (z. B. der Milch des Tieres), § 956, der ihm gestattete Gebrauch ist Selbstgebrauch, nicht Fremdgebrauch, § 603, wobei die Vergünstigungen des Mieters nicht eintreten; sein Gebrauch muß Gebrauch, nicht Mißbrauch sein, §§ 602, 603; er hat die Anzeigepflicht, vgl. § 545. Die Zeit der Leihe wird durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch und den Gebrauchsbedarf bezeichnet, § 604.

IV. Die Leihe ist ein Einseitigkeitsgeschäft; etwaige Verpflichtungen des Verleihers sind nebensächlicher Art: der Verwendungsersatz entspricht den Grundsätzen der Menschenhilfe, § 601, wobei allerdings die bereits oben (S. 120f.) gekennzeichnete Verjährung in Betracht kommt, § 606.

V. Bezüglich anderer Gegenstände, z. B. eines Immaterialrechts sind ähnliche Verträge möglich, in der Gestalt eines unentgeltlichen Lizenzvertrages; die Eigenheit der Sachlage erfordert hier eine besondersartige Behandlung.

VI. Über die Kündigungsverhältnisse vgl. oben S. 272, 273.

II. Gegenseitigkeitsverträge.

A. Austauschgeschäfte.

I. Kauf und Tausch.

1. Allgemeines.

§ 114.

I. Austauschgeschäfte sind gegenseitige Verbindlichkeitsgeschäfte in Bezug auf Gegenstandsleistungen; davon hat der Kauf die Besonderheit, daß die eine Gegenstandsleistung eine Wertleistung ist; beim Tausch aber findet einfach Gegenstandsleistung gegen Gegenstandsleistung statt. Kauf und Tausch werden, gleich behandelt, § 515. Über den Marktpreis (§ 453) ist im Handelsrechte Erörterung zu geben.

II. Was veräußerlich ist, kann Gegenstand des Austauschgeschäftes sein, und seine Veräußerung kann austauschweise versprochen werden: daher Sachen (auch flüssige und gasförmige, z. B. Leuchtgas[1]), sodann Gegenstände aller Art, auch Persönlichkeitsrechte, soweit sie von der Person loslöslich sind, wie z. B. Gewerberechte, auch eine Praxis, soweit ihre Veräußerung statthaft ist; das ist aber bei einer Berufspraxis, z. B. bei einer ärztlichen oder anwaltlichen, nicht anzunehmen, weil hier die Persönlichkeit von dem Beruf nicht abgetrennt werden kann (S. 102). Eine solche Loslösung des Gewerbes als Persönlichkeitsrecht aber bewirkt von selbst, daß der Veräußerer sich persönlich beschränkt und insbesondere in bestimmtem Umfange den Wettbewerb zu unterlassen verspricht.[2])

III. Auch künftige Gegenstände können Objekt des Kaufes sein, so auch künftige Früchte; dies auch in der Art, daß der Käufer das Recht haben soll, die Früchte selbst zu ziehen, sodaß er also durch Besitzergreifen die Übereignung bewirkt;

---

[1]) Vgl. darüber meinen Aufsatz in Z. f. franz. Zivilrecht XXXII S. 111 f.

[2]) Vgl. Z. f. franz. Zivilrecht XXXII S. 119f. und oben S. 99, unten S. 315.

von der Pacht unterscheidet sich dieses Verhältnis wesentlich dadurch, daß bei der Pacht die Gebrauchs- und Fruchtziehungsbefugnis das Wesentliche ist, sodaß der Fruchterwerb nur die Folge der Ausübung dieser Befugnis darstellt, während beim Kauf die Früchte das unmittelbare Objekt des Vertrages sind und die Besitzergreifung nur eine Art und Weise bildet, wie sich die Erfüllung der Verpflichtung vollzieht. Daraus ergibt sich von selbst daß das Pachtverhältnis nach den Rücksichten behandelt wird, welche die Fruchtziehung, das Kaufverhältnis aber nach den Rücksichten, welche die Eigentumsübergabe beherrschen.[1])

IV. Auch ein teilweises Interesse an einem Gegenstand kann veräußert und verkauft werden: die Veräußerung wird hier zur Belastung: auch diese kann kaufweise versprochen werden; solches gilt vor allem von der Bestellung einer Grunddienstbarkeit, es gilt auch von Rechten, die den Besitz gewähren, §§ 441, 451.

V. Auch ein Wertrecht, d. h. ein Gegenstand, soweit er Träger des Wertrechts ist, kann Objekt der Veräußerung, daher des Kaufes sein; so insbesondere ein Aktienrecht, ein Wertrecht an einem Vereinsvermögen, soweit das Organschaftsrecht, mit dem es verbunden ist, von der Person loslösbar ist (I S. 360), ebenso ein Grundrentenrecht, selbst eine Grundschuld, selbst zusätzliche Wertrechte, z. B. wenn jemand gegen eine Geldleistung sich anheischig macht, dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung eine Hypothek zu bestellen, oder wenn jemand eine Grundschuld kauft. Umgekehrt kann auch ein belasteter Gegenstand gekauft werden, § 439.

§ 115.

I. Der Austauscher hat nicht nur das Recht zu verschaffen, sondern auch den Gegenstand tatsächlich in den Vermögenskreis (bei Sachen in den Besitz) des Eintauschers zu bringen, § 433.

II. Er hat seine Aufgabe erfüllt, wenn er den Gegenstand in der Art bereitgestellt hat, daß ihn der Eintauscher in sein Bereich bringen kann. Daraus ergibt sich von selber, daß zwar die Kosten der Übergabe dem Austauscher, dagegen die

[1]) Vgl. R.G. 28. November 1908 Recht VIII S. 18.

Kosten der Übernahme dem Eintauscher obliegen, und was die Kosten der Auflassung und Eintragung und die sonstigen Kosten im Grundbuchsverkehr betrifft, so sind sie Sache des Eintauschers, denn es handelt sich darum, daß er auf solche Weise das Grundstück in seinen Rechtskreis übernimmt, §§ 448, 449.

III. Mit der Verschaffung des Rechts gehen Nutzungen und Lasten über, unter Umständen schon mit der bloßen Sachübergabe, gemäß den oben S. 248f. entwickelten Grundsätzen. Soweit der Austauscher nach Übergang des Rechts im Besitz bleibt, hat er die Stellung eines Verwalters. Eine Vereinbarung, daß die Gefahr in früherem Zeitpunkte übergehen soll, hat in Bezug auf Nutzungen und Verwendungen dieselbe Bedeutung wie eine Bestimmung über früheren Rechtsübergang: der Übergang der Gefahr steht wirtschaftlich dem Rechtsübergang gleich, §§ 446, 450, 2380.

IV. Über Gefahrsübergang S. 248f., über Rechtsverschaffung S. 79, 82f., über Mängelgewähr S. 71f., 107, 236f., über Rücktrittsrecht S. 85f., 178f., 251f., über Verzinsung des Kaufpreises S. 116, über den untersagten Kauf S. 105.

2. Teilungsgeschäft.

§ 116.

I. Die Teilung ist ein Austauschgeschäft, und zwar

1. die Teilung, die sich auf die Teilungsgegenstände beschränkt, § 752. Sie erfolgt dadurch, daß in Bezug auf einen wirklichen (realen) Teil des Gegenstandes der eine Genosse sein Mitrecht überträgt oder aufgibt und dadurch eine Vollberechtigung des Erwerbers herbeiführt. Hier gelten die Grundsätze über Unvermögen und teilweise Unmöglichkeit (Mangel des Rechts und Sachmangel) wie beim sonstigen Tausch, jedoch mit der Besonderheit:

a) sind sämtliche Teile des Gegenstandes gleich mangelhaft, so fällt die Haftung weg;

b) ist nur ein Teil mangelhaft, so gelten für Sachmängel die gewöhnlichen Grundsätze; bezüglich des Rechtsmangels aber kann nur der Rücktritt, kein Schadenersatzanspruch stattfinden, denn hier besteht nicht wie bei sonstigen Tauschgeschäften ein Gegensatz in der Rechtsstellung des Aus- und

Eintauschers, sondern beide stehen dem Gegenstand in gleicher Weise gegenüber. Es wäre daher ungerecht, dem einen Teil eine Schadenersatzpflicht aufzuerlegen, § 757.

2. Die Teilung ist aber auch dann ein Austauschgeschäft, wenn der eine Teil den ganzen Gegenstand und der andere dafür einen fremden Gegenstand erhält. In Bezug auf den fremden Gegenstand aber treten die vollen Bestimmungen des Austauschgeschäftes ein, also auch die Bestimmung über Haftung für Rechtsmangel; § 757 ist, wie so vieles, ungenau gefaßt.

3. Die Teilung kann zwischen mehr als zwei Personen stattfinden; sie ist dann eine Verbindung mehrerer Austauschgeschäfte zu einem Geschäft; mit der Wirkung, daß der Rücktritt nur einheitlich gegenüber sämtlichen Tauschgenossen stattfinden kann.

II. Die weiteren Bestimmungen über Teilung haben sachenrechtlichen Bezug und gehören ins Sachenrecht.

3. Ausweitung zum Rechtsverhältnis.

a) Wiederkauf.

§ 117.

I. Das Kaufgeschäft kann sich in seinem Erfolg vielfach zu einem Rechtsverhältnis ausweiten; so

1. beim Wiederkauf,
2. beim Vorkauf,
3. beim Kauf auf Probe und anderen ähnlichen Fällen einer einseitigen Gebundenheit.

II. Bei dem Geding des Wiederkaufs tritt ein Rechtsverhältnis in der Art ein, daß, wenn der Wiederkäufer eine Erklärung des Wiederkaufs als ankunftsbedürftige Erklärung abgibt, durch diese Rechtshandlung ein neuer Kauf entsteht und zwar auf Grund des alten Verhältnisses, § 497.

III. Daher gelten für den Wiederkauf die Sätze:

1. wenn der alte Kaufvertrag nichtig ist, entsteht auch kein solches Verhältnis und hat darum eine Wiederkaufserklärung keine Wirkung; eine Anfechtung des Kaufes zerstört auch die Befugnis zum Wiederkauf;

2. die Wiederkaufserklärung bedarf nicht der Form des Kaufgeschäftes, weshalb, wenn es sich um ein Grundstück

handelt, eine notarielle oder gerichtliche Beurkundung nicht erforderlich ist, § 497;

3. eine etwaige Zuständigkeitsvereinbarung oder ein Schiedsvertrag in Bezug auf den Kauf bezieht sich auch auf den Wiederkauf; doch ist dies nachgiebigen Rechtens;

4. regelmäßig hat nur der Verkäufer und seine Gesamtnachfolger das Wiederkaufsrecht; doch ist es nicht ausgeschlossen, daß durch den Vertrag auch einem anderen das Wiederkaufsrecht eingeräumt wird. In solchem Falle tritt dieser andere in das Verhältnis ein, und es gelten für ihn die Grundsätze wie oben;

5. das Verhältnis bewirkt eine sofortige Gebundenheit, weshalb insbesondere der Käufer die Sache ordnungsmäßig zu behandeln hat und für allen durch Mißwirtschaft entstehenden Schaden einstehen muß; außerdem hat er dafür zu sorgen, daß er auch rechtlich in der Lage ist, dem Anspruch des Wiederkäufers zu entsprechen: er haftet daher, wenn er die Sache veräußert hat und ihn die Möglichkeit gebricht, sie wiederzuerstatten; und ebenso haftet er, wenn ihm auf Grund von Vollstreckungsmaßnahmen die Sache entzogen wurde: er haftet hier, auch wenn ihn in dieser Beziehung keine Schuld trifft, denn den Mangel des Vermögens hat man stets zu vertreten, (S. 83) §§ 498, 499[1]); für Verwendungen kann er bis zur Werterhöhung Ersatz verlangen: denn es liegt im Sinne des Rechtsverhältnisses, daß er unterdessen die Sache in vollem Maße genießt und sie daher auch seinen Bedürfnissen anpassen kann, § 500;

6. das Verhältnis dauert während der gesetzlichen Zeit, welche 30 Jahre bei Grundstücken, 3 Jahre bei anderen Gegenständen, also bei beweglichen Sachen und unkörperlichen Gütern beträgt. Doch ist diese Fristbestimmung nach oben und unten nachgiebigen Rechtens, § 503.

IV. Das Wiederkaufsverhältnis kann möglicherweise so gestaltet sein, daß es zunächst bloß schlummert und erst nach einiger Zeit wirksam wird. Das ist der Fall, wenn der Wiederkauf zum Schätzungspreis ausgemacht ist: während sonst der Wiederkäufer den früheren Kaufpreis oder einen festgestellten

[1]) Etwas anderes wäre nur der Fall, wenn die Entziehung durch gerichtlichen Fehler rechtswidrig erfolgte.

anderen Preis bezahlen muß, hat er hier zu entrichten, was die Sache nunmehr bei Ausübung des Wiederkaufs wert ist. Diese Gestaltung des Verhältnisses, die sich im altdeutschen Rechte unzählige Mal findet, hat den großen Vorzug, daß sie den Käufer nicht übermäßig belastet, ihn jeder Nachprüfung enthebt und die heiklen Fragen über Verschlechterung und Verwendung völlig abschneidet. Hier entsteht zunächt gar keine Haftung, und das Rechtsverhältnis tritt erst in Wirksamkeit, wenn die Wiederkaufserklärung erfolgt. Doch kann die Angelegenheit so geordnet sein, daß der Käufer sofort mindestens dahin haftet, daß der Gegenstand nicht endgültig aus seiner Verfügung kommt; dies ist auch die (nachgiebige) Regel, § 501, vgl. §§ 498, 499.

V. Die Wiederkaufserklärung ist eine mittelbare Verfügung, welche allen Grundsätzen der einseitigen Rechtshandlungen unterliegt, daher

1. dem Grundsatz der Gleichverfügung (S. 177, 255): mehrere Befugte müssen gemeinschaftlich handeln, wobei es allerdings möglich ist, daß der eine oder andere seine Befugnis aufgegeben hat oder sie sonst erloschen ist, so daß die Befugnis den übrigen allein zusteht, § 502;

2. eine solche verfügende Erklärung kann nicht zum voraus geschehen;

3. die Befugnis kann an Bedingung und Fristen gebunden, auch an ein Aufgeld geknüpft sein (oben S. 177f.).

b) Vorkauf.

§ 118.

I. Vorkaufsgeschäft ist ein Geschäft, welches für den Fall, daß jemand einen Gegenstand verkaufen will, es dem Vorkäufer freistellt, durch eine einseitige Erklärung in dieses Kaufgeschäft einzutreten, d. h. ein gleiches Kaufgeschäft zwischen ihm und dem Vorkaufsverpflichteten herbeizuführen, mit den gewöhnlichen Rechten und Pflichten des Kaufes, § 505. Auch hier besteht ein Rechtsverhältnis, und es gelten hier ähnliche Grundsätze wie beim Wiederkauf, nur daß der Vorkauf (kraft nachgiebigen Rechtes) unübertragbar und unvererblich ist; eine Vorkaufsbefugnis auf eine gewisse Zeit allerdings ist (kraft nachgiebigen Rechtes) vererblich, § 514.

II. Das Vorkaufsverhältnis ist, was auch beim Wiederkauf vorkommen kann, zunächst ein schlummerndes Verhältnis: zunächst entstehen keinerlei Verpflichtungen; insbesondere hat der Vorkaufsbelastete durchaus nicht etwa die Pflicht, für den Gegenstand zu sorgen, und auch die Verwendungen auf den Gegenstand haben keinen weiteren Bezug. Nur eine Anzeigepflicht gilt: der Vorkaufsbelastete ist, falls er verkauft, verpflichtet, dem Vorkaufsbefugten den Verkauf unverzüglich mitzuteilen, bezw. für unverzügliche Mitteilung zu sorgen, § 510; auch ist eine Umgehung des Vorkaufs unwirksam, § 506.

Vorkaufsbefugnis hindert insbesondere den Eigentümer nicht an der Belastung des Grundstücks, und wenn er es nach erfolgter Belastung veräußert, so hat der Vorkäufer nur die Befugnis, so in den Kauf einzutreten, wie er ist, also unter Vorbehalt aller auf die Sache gelegten Belastungen; wodurch sich der Vorkauf (auch der dingliche) sehr wesentlich vom Wiederkauf unterscheidet.

III. Die schlummernde Vorkaufsbefugnis tritt in Wirksamkeit, sobald ein Kaufgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen wird, § 504; auch im Falle eines Tauschgeschäftes, nicht aber im Falle einer Schenkung, auch nicht im Falle einer versteckten, verkleideten Schenkung. Außerdem muß der Kauf ein Fremdkauf sein: der Verkauf in der Familie, d. h. an einen Erbberechtigten zur Verfrühung seines Erbrechts, liegt nicht im Gebiet des Geschäftes, § 511; denn er hat keinen Verkehrszweck. Endlich gehört nur der bürgerlichrechtliche Verkauf hierher, nicht die Verwertung auf dem Wege der Vollstreckung oder des Konkurses, § 512.

IV. Das wirksame Verhältnis dauert eine gesetzliche Zeit, die aber nur zwei Monate bei Grundstücken, ja bei anderen Gegenständen nur eine Woche beträgt; doch ist diese Zeitbestimmung nachgiebigen Rechtes; die Frist beginnt mit der Mitteilung an den Vorkaufbefugten vom abgeschlossenen Kauf, § 510.

V. Das wirksame Rechtsverhältnis zielt dahin, daß mit der Vorkaufserklärung zwischen dem Vorkäufer und dem Vorkaufsbelasteten ein Kaufgeschäft eintritt mit dem gleichen Inhalt, wie ein solches zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Dritten abgeschlossen wurde; allerdings mit einigen Ab-

änderungen: denn möglicherweise enthält das Geschäft mit dem Dritten Gegenleistungen, die dem Vorkäufer nicht zu Gebote stehen: hier tritt an Stelle der nicht angängigen Realleistung Wertleistung, und im Fall des Stundungskaufes kann der Vorkäufer den Gegenstand nur gegen Sicherheit in Anspruch nehmen, §§ 507, 509, denn er kann das Vertrauen, das man dem Käufer schenkt, nicht ohne weiteres für sich in Anspruch nehmen: er folgt seinen eigenen Vertrauensverhältnissen. Endlich muß auch der Satz gelten, daß, wenn das Kaufgeschäft sich auf zusammenhängende Gegenstände bezieht, während der Vorkäufer nur für einen einzelnen Gegenstand die Vorkaufsbefugnis ausübt, der Vorkaufsbelastete eine Einrede entgegenhalten kann, die der Befugte nur dadurch zurückzuweisen vermag, daß er den Vorkauf auf die Gesamtheit der Gegenstände erstreckt, § 508 (S. 240 und I S. 584).

VI. Die Vorkaufserklärung ist eine verfügende Rechtshandlung, die darum von den mehreren Befugten durch gemeinsame Erklärung zu vollziehen ist, § 513; die nicht zum voraus geschehen und die von Bedingungen und Aufgeld abhängig sein kann (oben S. 177 f., 255, 299).

VII. Der dingliche Vorkauf, der eine Beziehung zum Dritterwerber schafft, gehört ins Sachenrecht.

c) Kauf auf Probe. Prämiengeschäft.

§ 119.

I. Kauf auf Probe ist ein Rechtsverhältnis mit einseitiger Gebundenheit. Das Verhältnis ist ein sofort wirksames: der Verkäufer ist sofort zur sorgfältigen Behandlung verpflichtet, er ist auch verpflichtet, dem Käufer die Erprobung des Gegenstandes zu gestalten, § 495; der Käufer, dem der Besitz übergeben oder die Erprobung gestattet wird, ist verpflichtet, alle Sorgfalt anzuwenden. Die Erprobung und Rückgabe geschieht auf Kosten des Käufers.

II. Über die Umwandlung in ein festes Kaufgeschäft ist bereits (S. 235) gesprochen worden, § 496.

III. Ein derartiges Verhältnis tritt auch bei den Prämiengeschäften ein, sowohl bei Vor- und Rückprämien als insbesondere bei dem zweischneidigen Prämiengeschäft, wo der eine Teil die Befugnis hat zu bestimmen, ob das Verhältnis

zu einem Austauschgeschäfte werden oder bei der Prämienzahlung stehen bleiben soll.[1])

II. Vergleich.

§ 120.

I. Der Vergleich ist ein positiver oder negativer Anerkenntnisvertrag gegen Gegenleistung. Er hat seine wirtschaftliche Grundlage zunächst in der Anerkenntnis, d. h. in der Verwandlung eines unsicheren Rechtszustandes oder Rechtsverwirklichungszustandes in einen sicheren. Zugleich aber hat er die zweite wirtschaftliche Grundlage darin, daß diese Rechtssicherheit durch eine Gegenleistung eingetauscht wird (oben S. 121). Das dadurch Eingetauschte kann wiederum eine Rechtssicherheit sein, es kann aber auch etwas anderes, etwas Gegenständliches oder Nichtgegenständliches sein. Darum verdient der Vergleich seine besondere Stellung; wir nennen ihn darum ein tauschartiges Geschäft. Besonders häufig ist der Vergleich in der Art, daß ein positiver Anerkenntnisvertrag in Bezug auf den einen und ein negativer in Bezug auf den anderen Gegenstand, Gegenstandsteil oder Wert miteinander verbunden sind, z. B., von 1000 Mk. erkennt der Schuldner 500 an, und der Gläubiger das Nichtvorhandensein der übrigen 500. Aber es kann auch der Schuldner sämtliche 1000 anerkennen und dafür irgend eine Gegenleistung erhalten.

II. Der Vergleich ist entweder Tausch von Leistung gegen Leistung, so gerade in dem bezeichneten Falle der gegenseitigen Anerkennung, oder er ist Leistung gegen Leistungsversprechen: also Real- oder Vereinbarungs (Konsensual) geschäft. Daher gelten die Grundsätze der gegenseitigen Verpflichtung oder des Realvertrages; was insbesondere im Fall der Unmöglichkeit oder des Verzuges von Bedeutung ist. Daher kann auch im Fall der Unmöglichkeit der Gegenleistung oder im Falle des Rücktritts wegen Verzuges die Anerkennung rückgängig werden oder rückgängig gemacht werden. Das kann aber nur im ganzen geschehen: eine teilweise Rückgängigmachung ist unmöglich, und es muß daher, wenn etwa

[1]) Darüber vorzüglich Holz, Die Prämiengeschäfte, in meinen Berliner Beiträgen VI S. 20f.

die Gegenleistung zum Teil wegfällt, durch Wertersatz geholfen werden.

III. Ein Vergleich ist in allen Fällen möglich, wo ein Anerkenntnisvertrag möglich ist, also wo überall unsichere Leistungen vorliegen; so insbesondere, wenn es sich um Leibrenten oder um Unterhaltsbeiträge handelt, die an die Person gebunden sind und auch sonst manchen Ungewißheiten unterstehen; nur muß hier berücksichtigt werden, daß, wenn die Unterhaltsbeiträge familienrechtlicher oder familienrechtsartiger Natur sind, der Vergleich nicht etwa bloß schuldrechtliche, sondern auch familienrechtliche Wesenheit annimmt und darum, wie in allen familienrechtlichen Verhältnissen, nur bedingt statthaft ist; vgl. §§ 1614, 1714. Darüber im Personenrecht. Soweit das Anerkenntnis nach obigen Grundsätzen (S. 122) nichtig ist, ist auch der Vergleich nichtig; so insbesondere der Vergleich über ein Spielgeschäft, der nicht ernstlich anderweitige Ziele verfolgt.[1])

IV. Über die dem Vergleich innewohnende Voraussetzung ist bereits oben I S. 573f. die Rede gewesen, § 779.

V. Eine Anfechtung des Vergleichs wegen nachträglich entdeckter Urkunden ist nicht gegeben. Es findet hier keine Rechtsähnlichkeit mit dem Urteil statt, auch nicht mit dem Schiedsvertrag: denn hier erfolgt nicht, wie im Prozeß und Schiedsverfahren, eine vollständige Aufrollung des Streit- und Beweisstandes, und es ist daher völlig ungewiß, inwieweit ein oder das andere Beweismittel mit in Betracht kam oder mit in Betracht gekommen wäre.

VI. Eine besondere Art des Anerkenntnisvertrages liegt dann vor, wenn zwei Teile erklären, daß sie dasjenige anerkennen wollen, was ein Unparteiischer über einen Punkt des Vertrages bestimmt; dieser Unparteiische heißt Schiedsmann. Sollte allerdings der Vertrag dahin gehen, daß dem unparteiischen Dritten die Entscheidung über Pflichten oder Rechte selbst anheim gegeben wird, dann liegt ein Schieds*gerichts*vertrag vor, und die Angelegenheit untersteht den besonderen Grundsätzen des Schiedsgerichtsvertrags.

---

[1]) R.G. 1. Juli 1896 Entsch. XXXVII S. 416. Unrichtig O.L.G. Stuttgart 31. Dezb. 1900, *Mugdan* II S. 211.

Beide Fälle haben das Gemeinsame, daß Hilfspersonen in die Entwicklung des Vertrags hineingezogen werden; davon ist bereits oben (S. 20) gesprochen worden.

VII. Der Vergleich im Prozeß ist etwas Besonderes. Er ist ein prozessualischer Vertrag, der mit der prozessualischen Anerkennung und dem prozessualischen Verzicht Verwandtschaft hat, aber sich von ihnen dadurch unterscheidet, daß er nicht durch einseitige Rechtshandlung erfolgt, sondern durch Vertrag. Im übrigen braucht der prozessualische Vergleich kein Tauschvergleich zu sein, d. h. er braucht keinen gegenseitigen Vertrag darzustellen, sondern es genügt ein einseitiger Vertrag auch ohne Gegenleistung. Seine Wirkung ist zwar auch bürgerlichrechtlich, aber durch Vermittlung des Prozesses.[1])

III. Gefahrgeschäfte.

§ 121.

I. Gefahrgeschäfte sind Geschäfte, bei welchen eine gewisse Gefahrslage und ihre Begleichung zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht wird.[2])

II. Hier gilt der Satz: entweder ist die Gefahr schon vorhanden und soll von einem anderen übernommen werden, oder die Gefahr wird erst geschaffen. Die Geschäfte erster Art sind höchst bedeutsam und wirtschaftlich wie sittlich gerechtfertigt. Es war ein schwerer Kulturfehler, daß manche Kanonisten und namentlich auch die Rechtspflege des Islam solche Geschäfte als unzulässig verwarfen. Derartige Geschäfte sind schon ohne weiteres berechtigt; denn warum soll nicht jemand, etwa ein Wohltäter, einem Armen eine Gefahr abnehmen? oder nicht jemand gegen eine bestimmte Summe einen Andern von der Gefahr befreien, an welcher dieser schwer zu tragen hat? Sie sind aber noch mehr gerechtfertigt, seitdem man durch das Gesetz der großen Zahlen und durch langjährige Beobachtung der

---

[1]) Vgl. Z. f. Civ.Prozeß XXIX S. 39f. Es ist ein verständniswidriges Haften an Äußerlichkeiten, wenn man für den prozessualischen Vergleich dieselbe Gegenseitigkeit verlangt, wie für den bürgerlichrechtlichen. Die Eigenheit des prozessualen Vergleichs liegt darin, daß er, im Gegensatz zu der einseitigen Anerkenntnis- und Verzichtserklärung, ein Vertrag ist.

[2]) Selbstverständlich nicht Geschäfte bei denen man eine Gefahr läuft — dies wäre kein Einteilungsgrund.

Unfälle dahingekommen ist, die Gefahr möglichst zu bemessen und die schwankenden Werte auf feste Gesetze zurückzuführen, sie wenigstens bestimmten Regel nahezubringen. Wenn unser ganzer Verkehr dazu drängt, kraft des Gesetzes der großen Zahlen und kraft der Überwindung von Zeit und Raum die tausend kleinen Unvollkommenheiten des Lebens auszugleichen, so ist die Versicherung eines der Hauptelemente in der Erreichung dieses Verkehrsziels.

III. Eine solche vorhandene Gefahr zu begleichen ist die Aufgabe der Versicherungs- und Gewährgeschäfte.

Versicherungsgeschäfte bestehen in der Übernahme einer vorhandenen Gefahr gegen Gegenleistung, Gefahr im Sinn der Möglichkeit eines Schadens verstanden, wobei aber der Versicherer nicht nur den positiven Schaden, sondern auch den entgehenden Gewinn übernehmen kann.[1])

Gewährgeschäfte bestehen in der Übernahme der Möglichkeit des Gewinnausfalles (z. B. Zinsengewähr, wenn für den Fall des Mindergewinnes ein Zuschuß versprochen wird): hier handelt es sich von Anfang an nur um einen entgehenden Gewinn, und dadurch sind diese Geschäfte aus der Klasse der Versicherung ausgeschieden: sie folgen geschichtlich und wirtschaftlich anderen Regeln.

IV. Oder die Gefahr wird geschaffen, indem mit einem Zufallsereignis ein Vermögensgewinn oder ein Vermögensverlust in Verbindung gesetzt wird. Dies kann 1. entweder in Befriedigung anerkennenswerter menschlicher Interessen geschehen,

a) wenn die den Zufall herbeiführende Tätigkeit selbst eine wirtschaftliche ist, wenn sie in unsicherer Weise Lebensgüter schafft und man für das unsicher Geschaffene einen sicheren Wert erhält. Dies ist der Fall des sog. Hoffnungskaufs: ich kaufe den Fischzug ab, d. h. ich gebe für das zweifelhafte Ergebnis einen sicheren Gegenwert. Ein solches Geschäft hat den Charakter des Austauschgeschäfts oder, wenn es sich um ein unkörperliches Ergebnis (eine Zustandsleistung) handelt, den Charakter des Werkvertrags; derartige Geschäfte sind Verkehrsgeschäfte höchsten Ranges: sie fördern mit Macht

[1]) Über sie vgl. Enzyklopädie I S. 686 f.

eine der Menschheit vorteilhafte Tätigkeit, die sonst unterbliebe;

b) es kann aber auch in der Art geschehen, daß der Zufall den durch eine wirtschaftliche Tätigkeit mehrerer entstehenden Erfolg verteilt; wo diese Verteilung nur aushilfsweise geschieht, ist sie für die Kennzeichnung des Geschäfts bedeutungslos; wo sie aber unmittelbar maßgebend ist, zieht sie das Geschäft in den Strudel des Zufalls hinein, so bei Lotterien und Ausspielgeschäften.

Lotterien und Ausspielgeschäfte sind Austauschgeschäfte in der Art, daß jemand in Bezug auf einen Austauschgegenstand eine ganze Reihe von allenfallsigen Tausch- oder Kaufgeschäften abschließt, bei denen nicht etwa durch ein vernünftiges Ermessen, sondern von vornherein durch den Zufall bestimmt wird, wer den Austauschgegenstand bekommen soll; ist der Austauschgegenstand eine Geldsumme, so spricht man von Lotterie, sonst von Ausspielgeschäft. Hier ist ein wirtschaftliches Geschäft mit einem Spielgedanken verbunden; denn das Geschäft ist wirtschaftlich, wenn man die Gesamtheit der Lotterieteilnehmer in Betracht zieht; dagegen tritt der Spielgedanke hervor, sofern man auf den einzelnen Rücksicht nimmt. Darum hat das Geschäft eine Doppelnatur, und es gilt bald die eine, bald die andere Betrachtungsweise; denn es kann entweder der allgemein menschliche oder der einzelpersönliche Gesichtspunkt hervorstechen. Die Entscheidung gibt hier die Staatsgewalt, und zwar die Verwaltungsbehörde, welche aus Zweckmäßigkeitsgründen erklären kann, daß für die allgemeine Seite überwiegende Gründe sprechen und infolgedessen die Lotterie erlaubt sei. Ist solches der Fall, dann gilt sie als reines Tausch- und Kaufgeschäft; andernfalls ist sie Spiel und unterliegt den Regeln des Spiels, § 763. Wo nicht der Zufall entscheidet, sondern etwa der Verkäufer oder ein Dritter unter den mehreren Spendern zu wählen hat, liegt keine Lotterie vor: hier geht der Vertrag oder vielmehr die Vertragsgesamtheit in Preisbewerbung über, § 661 (S. 20 und 359f.).

Die absichtliche Herbeiführung der Gefahr kann

c) geschehen, indem die Schöpfung der einen Gefahr eine anderen Gefahr begütigt. Dies ist der Fall bei der

Leibrente, die ein gültiges, der oben (I S. 528) beschriebenen Form unterworfenes Rechtsgeschäft darstellt.

α) Die Aufgabe der Leibrente besteht darin (vgl. S. 113f.), daß ein Lebenskapital durch Amortisationsrente aufgezehrt werden soll. Das Lebenskapital ist unsicher; würde der einzelne sich hierauf einrichten, so könnte es kommen, daß er sein künftiges Leben zu kurz berechnet, sodaß sein Hauptgeld vor der Zeit aufgebraucht wäre. Diese Gefahr wird nun durch eine andere Gefahr beglichen, indem ein Dritter eine aus einem Wahrscheinlichkeitskapital berechnete Rente das ganze Leben zu zahlen verspricht, indem er also den Unterschied zwischen dem Wahrscheinlichkeitskapital und dem aus dem wirklichen Leben sich ergebenden, zur Zeit noch ungewissen Lebenskapital auf sich nimmt. Daher ist die Rente regelrecht Jahresrente auf Lebzeit des Rentenempfängers, § 759.

β) Daraus ergibt sich für die Kennzeichnung der Leibrente Folgendes:

Die Renten sind nicht Einzelschulden, sondern Ausläufer eines rentenerzeugenden Gesamtverhältnisses, welches als eine nicht künftige, sondern sofort bestehende juristische Einheit zu betrachten ist, da es die eine Bestimmung erfüllt, an Stelle eines Lebenskapitals ein „verschiebbares“ Amortisationskapital treten zu lassen und daher den Rentenberechtigten trotz der Unsicherheit seiner Lebensdauer völlig zu decken.

γ) Daher ist

αα) im Konkurs des Rentenschuldners die ganze Rente als Einheit zur Anmeldung zu bringen, allerdings in der Art, daß an Stelle der wirklichen Summe eine Wahrscheinlichkeitssumme gesetzt werden muß (§ 69 K.O.), einstweilen vorbehaltlich der Ausgleichung, wenn späterhin die Verhältnisse sich anders entwickeln; welche Ausgleichung aber, wenn der Tod erst nach dem Konkurs eintritt, nicht mehr gegenüber der Konkursmasse geschehen kann, sondern nur dem gewesenen Gantschuldner gegenüber.

ββ) Der Verzug in der Einzelleistung ist ein teilweiser Verzug der Gesamtleistung. Es kann aber trotzdem hier nicht von einem vollen Rücktritt für das Ganze gesprochen werden, weil, soweit die Rente geleistet ist, der Einzelzweck des Rentenzieles seine Erfüllung gefunden hat, von einer Zwecklosigkeit des

Ganzen also nicht die Rede sein kann. Wohl aber kann die ganze Verbindlichkeit in die Zukunft hinein durch den Einzelverzug notleiden: denn die Unsicherheit künftiger Leistungen wird wesentlich den Zweck nicht nur des einen, sondern auch sämtlicher künftiger Jahre beeinträchtigen, da die Rente nur dann ihre Aufgabe erfüllt, wenn der Rentenempfänger sicher auf die jeweilige Berichtigung bauen kann. Daher ist ein Rücktritt in Bezug auf den noch übrigen Teil der Rente auch in die Zukunft hinein möglich; es gelten in dieser Beziehung die obigen Grundsätze (S. 253f.).

γγ) Nicht nur die einzelnen Ziele, sondern auch die ganze Rente kann verjähren. Im übrigen vgl. S. 113.

Oder aber

2. die Gefahrschöpfung geschieht abseits jeder fruchtbaren menschlichen Ziele; dann ist die Schaffung einer solchen Gefahr nicht verkehrsgemäß, sie ist vielmehr verkehrswidrig, denn es ist nicht unsere Sache, die vorhandenen Gefahren unnötig zu vermehren: jede unbegründete Gefahr ist ein Mangel in unseren Lebenswerten.

Und doch geschieht dies häufig, es geschieht insbesondere derart, daß die Gefahr nur eine sonderpersönliche ist, und namentlich so, daß die sonderpersönliche Gefahr des Einen den Gewinn des Andern in sich trägt, daß mithin der Eine aus dem Schaden des Andern seinen Vorteil schöpft. Hier ist es klar, daß regelrecht die Gesamtheit nichts gewinnt, sondern höchstens verliert: denn hier erwirbt der Eine aus dem Verluste des Andern, ohne daß die Zwecke der Allgemeinheit dadurch in irgend einer Weise gefördert würden. Daher stehen solche Geschäfte außerhalb des Verkehrs: was dem Verkehr nicht dient, mit dem hat der Verkehr nichts zu schaffen. Allerdings sind sie nicht immer verwerflich, denn sie können immerhin irgendwelchen seelischen Zwecken dienen, die nicht ganz ohne wohltätige Bedeutung für das menschliche Leben bleiben. Häufig sind aber die seelischen Einwirkungen für Wirtschaft und Charakter verderblich, und dann stehen solche Geschäfte nicht nur außerhalb des Verkehrs, sondern sie sind geradezu der durch unser Recht zu schützenden Kulturordnung feindselig; sie sind es, auch wenn mittelbar hieraus Vorteile hervorgehen, z. B. das Aufblühen eines Badeortes oder die Förderung

der Pferdezucht:[1]) solche Vorteile können die unmittelbaren wirtschaftlichen Schäden nicht zudecken. Es handelt sich hier um Spiel und Wette. Beides sind Gefahrgeschäfte unter Schöpfung einer ohne wirtschaftliche Rechtfertigung bestehenden Gefahr, das eine zur Erregung seelischer Spannung, das andere zur Betätigung im Behauptungskampf.

α) Spiel und Wette sind beides reine Gefahrgeschäfte ohne wirtschaftliche Rechtfertigung; sie unterscheiden sich aber von einander durch die zu Grunde liegenden seelischen Triebe: bei der Wette ist es der Trieb des Rechthabens, der sich in der Art geltend macht, daß man nicht nur über den Gegner triumphieren, sondern auch den Triumph durch seinen Verlust besiegeln will, und zugleich in der Art, daß man seinerseits die Gefahr eines Verlustes nicht scheut. Beim Spiel ist es die seelische Spannung, welche durch die Entwicklung des Zufalls erregt werden soll, und zwar sofern das Spiel nicht ein reines Gesellschaftsspiel, sondern ein Spiel des Rechts ist, eine Spannnng, die mit der Aussicht auf Vermögensverlust oder Gewinn verbunden ist; denn ein Spiel, bei dem kein Vermögenswert aufs „Spiel“ gesetzt ist, gehört überhaupt nicht hierher. Dabei wird entweder diese Vermögenserwartung überwiegen, oder sie ist nur eine mehr oder minder untergeordnete Begleiterscheinung neben der seelischen Spannung, die die Zufallsentwicklung erregt. Die Zufallsentwicklung kann bei beiden Geschäften auch in der Vergangenheit liegen, sofern nur die Bewahrheitung in der Gegenwart stattfindet, denn auch diese Bewahrheitung ist ein seelisches Reizmittel für den Spieltrieb; sie kann in der Gegenwart, auch in der Zukunft liegen, letzteres auch bei der Wette, denn der Rechthaber kann auch behaupten, die Zukunft in bestimmtem Maße zu beherrschen.

Hierbei kann die Gefahr einseitig oder zweiseitig sein. Beim Spiel wie bei der Wette ist es möglich, daß nur der eine die Gefahr tragen soll, sodaß nur er etwas verliert und für den anderen höchstens die Folge eintreten kann, daß er nichts gewinnt. Gewöhnlich aber sind es gegenseitige Ge-

---

[1]) Oder die Förderung der Staatsfinanzen, z. B. durch den Totalisatorstempel.

schäfte, indem nicht nur der eine, sondern jeder gewinnen und verlieren kann, weil jeder von beiden die entgegengesetzte Gefahr übernimmt.

Beide Geschäfte können auch in gestreckten Verträgen eingegangen werden, indem jemand eine öffentliche Erklärung abgibt, wonach er einen Spiel- oder Wettvertrag mit jedem abschließt, der in einer bestimmten Weise seine Zustimmungserklärung abgibt. Dies gleicht in der Form der Auslobung, ist aber inhaltlich davon verschieden, denn Auslobung ist nicht jeder derartige gestreckte Vertrag, sondern nur ein in dieser Form erfolgter Werkvertrag (S. 356).

b) Da Spiel und Wette nicht dem Verkehrsleben angehören, so bleiben sie auch dem Verkehrsrechte fremd. Daraus ergibt sich: aus dem Spielvertrag geht keine Schuldverbindlichkeit hervor; aus ihm entspringt auch keine Bereicherungsforderung auf Rückerstattung des Bezahlten. Würde die Rechtsordnung auch nur letztere geben, so würde sie in dieses Gebiet eintreten und die ganze Frage des Spielvertrags und des Spielerfolges aufrollen; sie will aber mit all diesen Dingen nichts zu tun haben, sie beläßt es daher bei dem einfachen „status quo". Daher besteht keine Deckungsbefugnis, weder durch Klage, noch sonstwie; wohl aber bleibt die Erfüllung und zwar die Erfüllung jeder Art bestehen, nach den oben ausgeführten Grundsätzen, § 762 B.G.B., also auch die vertragsmäßige Aufrechnung, auch die Hinterlegung, wenn sie zur Annahme geführt hat oder unwiderruflich geworden ist, sodaß der Leistungsversuch der Leistung gleich steht. Bezüglich der Leistung an Erfüllungsstatt vgl. oben S. 190, im übrigen S. 185f.

Die gleichen Grundsätze gelten auch beim Glücksspiel, d. h. bei einem solchen Spiel, bei welchem der Gewinn nicht nur eines der Spannungsmittel, sondern das Hauptbestreben der Spielertätigkeit ist. Dieses nimmt dadurch einen besonderen Charakter an, daß es nicht nur außerhalb des Gesetzes steht, sondern den sittlichen Grundsätzen widerstrebt.[1]) Aber die Behandlung ist dieselbe. Auch hier kümmert sich das Recht

---

[1]) Das gewöhnliche Spielgeschäft und das Wettgeschäft sind nicht unsittlich, R.G. 4. April 1903 Monatsschr. f. HandelsR. XIII S. 49. Eine lediglich Spielzwecke verfolgende „Wette" ist Spiel und kann Glückspiel sein.

nicht um die Spielenden und überläßt sie ihrer eigenen Unsittlichkeit. Ist das Glücksspiel ein gewerbsmäßiges, dann tritt allerdings das Recht in Gestalt des Strafgesetzes auf den Plan: der gewerbliche Glücksspieler wird bestraft, und man könnte hieraus schließen, daß auch die Behandlung des bürgerlichen Rechts eine andere sei, wenigstens in dem Fall, wenn bloß der eine, nicht auch der andere ein gewerblicher Glücksspieler ist: man könnte sagen, hier liege auf Seite des einen Teiles eine unerlaubte Handlung vor, auf Seite des anderen nicht, und man könnte hiernach annehmen, daß nicht § 762, sondern §§ 138 und 817 in Anwendung kämen, sodaß auch die Zivilrechtsordnung die Spielenden sich nicht selbst überließe, sondern dahin strebte, den Erfolg des Spieles rückgängig zu machen; daß also der Verlierende, wenn er nicht gewerbsmäßiger Spieler ist, den Verlust herausverlangen könnte. Das ist aber nicht der Fall. Auch wenn bloß auf der einen Seite die Strafbarkeit gegeben ist, liegt doch auf beiden Seiten eine Unsittlichkeit vor, und die Rechtsordnung verweigert ihren Schutz.

c) Nur insofern gilt etwas Anderes:

α) wenn jemand durch arglistige Veranstaltungen zum Spiel verleitet worden ist, insbesondere unter Ausbeutung der Unerfahrenheit; dann liegt auf der einen Seite ein „Plus" der Unsittlichkeit, auf der anderen ein „Minus" vor; so sehr, daß eine Ausgleichung als angezeigt erscheint.

β) Die Unsittlichkeit des Glücksspiels kann ferner insofern zu Tage treten, als nicht nur der Spielvertrag, sondern auch die Erfüllung als Unsittlichkeit erscheint. In einem solchen Falle ist nicht nur der Spielvertrag ohne schuldrechtliche Wirkung, sondern auch das Erfüllungsgeschäft nichtig, und darum tritt kein Eigentumsübergang ein. Es kann darum das Gegebene zurückverlangt werden, nicht deswegen, weil es im Spiel gegeben wurde, sondern deswegen, weil das Eigentum nicht übergangen und darum das Gegebene fremdes Gut geblieben ist: nicht der Eigentümer muß bei der Eigentumsklage, sondern der Besitzer muß, wenn er die Sache behalten will, sich auf das Spiel berufen. Das ist wichtig, wenn nicht Geld, sondern andere Sachen, z. B. Ringe, Kostbarkeiten übergeben wurden, und wenn diese noch im Stück vorhanden sind. Sind sie allerdings nicht mehr vorhanden, dann ist von einem

Eigentumsanspruch nicht die Rede; aber auch eine ungerechtfertigte Bereicherung kann in solchem Fall nicht geltend gemacht werden: eine solche wäre nur so zu begründen, daß das ganze Verhältnis offen gelegt und die „ungerechtfertigte" Art des Erwerbs durch das Spiel näher gekennzeichnet würde.

d) In meiner Schrift, Börsenspiel S. 22f. (1894) vertrat ich die Anschauung, daß auch ein ernstliches Kaufgeschäft dem Spiel zuzurechnen sei, wenn es den Zweck hat, die wirtschaftlichen Folgen des Spiels herbeizuführen, sofern nach dem Einverständnis der Parteien die Folgen des Kaufs insoweit unterdrückt werden sollen, daß nur die Folgen übrig bleiben, welche Folgen des Spiels wären (die sog. Differenz). Dies hat das B.G.B. in § 764 mit der Erweiterung angenommen, daß es genüge, wenn der eine Teil die Absicht des anderen kennen mußte, d. h. bei der Nichtkenntnis in Fahrlässigkeit war. Damit war die Rechtslage sachgemäß gestaltet. Hierzu trat aber die von wesentlich anderen Gesichtspunkten ausgehende Börsengesetzgebung, wodurch der Stand der Sache bedeutend verschoben wurde; die Darstellung dieses Rechtsgebietes kann aber nur in Verbindung mit dem Börsenwesen erfolgen und ist im Lehrbuch des Handelsrechts zu geben.

B. Gebrauchsüberlassungs- und Dienstgeschäfte.

I. Gegenstandsgebrauchsüberlassung. Miete und Pacht.

1. Allgemeines.

§ 122.

I. Die Gebrauchsüberlassungsgeschäfte können sich auf Sachen und unkörperliche Gegenstände beziehen, sie können dahin gehen, daß jemandem der Gebrauch ziemlich vollkommen zusteht oder nur mit Beschränkungen; sie können sich auf Sachen und Sachteile beziehen, soweit diese einen Sondergebrauch zulassen, und können in dieser Beschränkung sogar Besitz gewähren (§ 865): so die Miete eines Zimmers, eines Raumes, so die Plakatmiete,[1]) vgl. § 580.

II. Ein Gebrauchsüberlassungsgeschäft ist nur möglich, wo der Gebrauch dem Mieter nicht schon ohnedies zusteht; also nicht an einer Gemeingebrauchsache, nicht an einer Gemeingebrauchserfindung.[2])

III. Die Gebrauchsüberlassung an unkörperlichen Gegenständen ist stets Pacht, nicht Miete, ohne Rücksicht darauf, ob sich daraus etwas den Früchten Ähnliches ergibt oder nicht. Dahin gehört insbesondere auch die Gebrauchsüberlassung eines Gewerberechts, einer Theater-, einer Handelsunternehmung (auch wenn sie nicht in einem Grundstück betrieben wird); auch die Gebrauchsüberlassung eines Immaterialrechts (Patentes), eines Monopolrechts irgend welcher Art (Chausseegelderhebung u. dgl.). Gebrauchsüberlassung bezüglich der Sachen dagegen kann Miete oder Pacht sein: das allgemeinere ist nicht Miete, sondern Pacht: Miete ist das besondere und die Besonderheit besteht darin, daß es

---

[1]) Die Miete eines Teils des Theatervorhangs! Vgl. O.L.G. Dresden 23. Juni 1908, Mugdan VII S. 462. Mit der Plakatmiete kann ein Werkvertrag verbunden sein: Verpflichtung, das Plakat nachts zu beleuchten usw.

[2]) Handb. des Patentrechts S. 591 f.

sich hier um einen Gebrauch von körperlichen Sachen handelt, der bloß Nutzungen und keine Früchte abwirft: ist ein Früchtegenuß vorhanden, so fällt das Verhältnis in den umfassenderen Begriff der Pacht; wobei der Früchtegenuß im weiteren Sinn verstanden ist: daher auch Pacht eines Zimmervermietungshauses, Pacht einer Eisbahn u. dgl. (I S. 465). Der Grund der Ausscheidung aber besteht darin, daß für die Gebrauchsüberlassung an körperlichen Sachen ohne Fruchtbezug verschiedene besondere Rechtsgrundsätze gelten müssen; namentlich ist ein derartiges Verhältnis unabhängig von der Möglichkeit der Fruchtziehung und seine Dauer daher nicht von den natürlichen Verhältnissen abhängig, welche die Fruchtziehung beherrschen.[1]) Vgl. §§ 581, 535. Trotzdem brauchen wir, der Lebensübung entsprechend, das Wort „Miete“ als das vorbildliche.

IV. Von besonderer Bedeutung ist die Gebrauchsüberlassung für Wohnzwecke; sie erfüllt menschliche Bedürfnisse höchster Art, allerdings in einer noch ziemlich unbefriedigenden Weise, indem durchaus nicht die genügende Sicherheit für die gesundheitlichen Anforderungen gegeben ist, denen nur durch eine Übernahme des Wohnungswesens in Staatsbetrieb oder durch eine strenge polizeiliche Überwachung genügt werden könnte. Daß es noch einer Erneuerung des Rechtszustandes bedurfte, um den § 544 B.G.B. durchzuführen, ist ein ewiger Vorwurf für die Pandektenwissenschaft; § 544 ist doch das Mindeste, was das Recht den gesundheitlichen Interessen zugestehen muß; und selbst dies hat die Wissenschaft nicht von sich aus vermocht! Natürlich ist § 544, welcher dem Mieter ein unverzichtbares fristloses Kündigungsrecht gibt, falls Aufenthaltsräume für Menschen sich als gesundheitsschädlich erweisen, soweit als möglich auszudehnen; er gilt auch, wenn nur einzelne Teile der Wohnung, z. B. Mädchenkammern, ungesund sind;[2]) er gilt insbesondere auch für die

[1]) Wichtig ist auch die prozessualische Besonderheit, daß für Miete von Wohnräumen und anderen Räumen die besonderen Bestimmungen von § 23 G.V.G. und § 709 Z.P.O. gelten, nicht aber von der Pacht, auch nicht von der einer Theaterunternehmung, auch wenn der Theaterpächter hier seine Wohnung hat. Vgl. auch unten S. 333 f. über Mischtatbestände.

[2]) Verkehrt O.L.G. Karlsruhe, 26. Febr. 1901, Mugdan II S. 380. Soll man die Wohnung deshalb behalten müssen, weil es möglich ist, die Mägde im Empfangssaal schlafen zu lassen?

Pacht, soweit hier Aufenthaltsräume (auch nur für kurz dauernde Zwecke) in Betracht kommen, wobei aber natürlich die Frage der Gesundheitsschädlichkeit nach der Dauer des üblichen Aufenthaltes zu bemessen ist.

Hat der Mieter durch sein Verschulden den Zustand herbeigeführt, so gilt zwar § 544 auch, aber der Mieter haftet für Schadenersatz eben in der Art, daß er leistet, was der Vermieter bei Fortdauer des Mietverhältnisses erworben hätte.[1])

V. Miete und Pacht können sich auch auf eine Gattung beziehen, indem der Vermieter oder Verpächter ein Stück aus einer Gattung (mittlerer Art und Güte) zum Gebrauch darzubieten hat. Hier gilt nach Rechtsähnlichkeit des § 480 die Besonderheit, daß, wenn die Sache zur Zeit der Gebrauchsüberlassung fehlerhaft ist, der Mieter oder Pächter neben den ihm sonst zustehenden Befugnissen die Freiwahl hat, eine andere Sache zu begehren: Gattungsmiete.

VI. Die Pacht eines Geschäfts kann und wird regelmäßig mit Überlassung der Firma verbunden sein, in welchem Fall der Pächter während der Pachtausübung firmenberechtigt ist; dies auch, wenn etwa der Vertrag anfechtbar sein sollte, (mindestens bis zur Anfechtung), § 22 H.G.B.

Die Pacht eines Geschäftes findet nicht selten mit der beschränkenden Bestimmung statt, daß der Verpächter von einer Geschäftsübung absteht, die dem Pächter einen verderblichen Wettbewerb bereiteten würde; dies aus dem oben (S. 99, 294) angeführten Grunde, weil der Verpächter durch die Verpachtung ein Stück seines Persönlichkeitsrechts preisgibt. Die Miete eines Raums, in welchem ein Geschäft eingerichtet werden soll, enthält eine derartige Bestimmung an sich nicht, schon darum nicht, weil es dem Mieter regelmäßig freisteht, die Bestimmung des Raums, soweit es der Art des Vertragsverhältnisses nicht widerspricht, zu ändern. In gleicher Weise wird die Miete einer Straße durch eine Straßenbahn noch keine Verpflichtung der Stadtgemeinde enthalten, sich des Wettbewerbs zu enthalten. Doch kann aus dem Ganzen etwas Anderes hervorgehen, sofern der Gedanke nicht nur der ist, daß der

---

[1]) Darüber vgl. O.L.G. Hamburg 18. März 1901, Mugdan II S. 382, R.G. 18. April 1902, Entsch. 51, S. 210.

Vermieter die Räumlichkeit liefern, sondern auch daß er die Bedingungen für den Geschäftsbetrieb in bestimmtem Maße schaffen soll: dann überantwortet der Vermieter dem Mieter eine bestimmte Geschäftsmöglichkeit. Aber auch wenn eine derartige Bestimmung gilt, ist es eine weitere Frage, ob sie sich auch auf Wettbewerbsarten erstreckt, welche bei dem Vertragsabschluß noch gar nicht vorhergesehen wurden, wenn z. B. zur Zeit des Vertragsabschlusses mit einer Straßenkleinbahn an Untergrundbahnen gar nicht gedacht wurde; oder wenn sich etwa nachträglich die Möglichkeit ergeben sollte, die Beförderung im Luftkreise zu vollziehen.

VII. Als Pacht immaterieller Güter gilt auch die Jagdpacht; denn was hier gepachtet wird, ist natürlich nicht das Grundstück, es sind vielmehr die Aneignungsvorteile, die jemandem dadurch gehören, daß ihm eine ausschließliche Aneignung zusteht; ähnlich die Pacht eines Monopolrechts.

Als Pacht immaterieller Güter gilt auch der Lizenzvertrag über Erfindungen (S. 313); er folgt aber besonderen Regeln, und § 595 findet auf ihn keine Anwendung.[1])

VIII. Schriftform ist bei über 1 jähriger Grundstücksmiete und Grundstückspacht nötig, wenn das Dauerrecht nicht der gesetzlichen Kündigung verfallen soll, wobei der Grundstücksmiete die Miete von Wohnräumen und Räumen gleichsteht. Dies gilt aber auch, wenn dingliche Rechte an Grundstücken, d. h. ihr „Substrat“ das Objekt der Pacht bilden (Fischerei-, Jagd-, Rohrnutzung)[2]). Es gilt auch für einen zunächst auf 1 Jahr geschlossenen Vertrag mit Verlängerungsbestimmung.[3]) Natürlich kann ausgemacht werden, daß der Vertrag, wenn nicht über 1 Jahr bindend, überhaupt nicht bestehen soll; in diesem Fall kommt er durch schriftliche Fassung überhaupt erst zur Rechtswirksamkeit,[4]) §§ 566, 580, 581.

IX. Die Bestimmungen des Miet- und Pachtverhältnisses sind nachgiebigen Rechtes; nur müssen, soweit Rechte Dritter beteiligt sind, die Dritten einwilligen, so insbesondere, was die

---

[1]) Handbuch des Patentrechts S. 519f.

[2]) R.G. 23. Okt. 1903 Jur. Z. IX S. 71. Unrichtig 9. Mai 1902 bezüglich der Jagdpacht (wo aber vielfach Landesgesetze gelten, A. 69).

[3]) Kammergericht 15. Dez. 1903 Mugdan VIII S. 396.

[4]) OLG. Frankfurt 11. Febr. 1904 Mugdan IX S. 302.

§§ 573 und 574 betrifft. Zwingenden Rechtes ist natürlich § 544 aus allgemein menschlichen Gründen und ebenso § 567, sowie § 540, soweit der allgemeine Grundsatz der unbedingten Arglisthaftung gilt, dagegen nicht die Bestimmung des § 570 über die Versetzungskündigung.

2. Pflichtverhältnisse.

§ 123.

I. Miete und Pacht geben Rechte zum Gebrauch.

II. Zum Gebrauch gehört der übliche Gebrauch, daher der Gebrauch der Nebenräumlichkeiten, die Benutzung von Flur, Treppe usw., auch die Anbringung eines Fernsprechers (unbedingt) und der Anschluß an eine Gas- oder Elektrizitätsanlage (auf Kosten des Mieters, wenn nichts anderes ausgemacht). Über den Fernsprecher hat man früher (in altväterlicher Weise) anders entschieden (als ob nicht in jede neuzeitliche Haushaltung ein Fernsprecher gehörte!).

Dem Gebrauch der Wohnung dient auch das Anbringen des Namens, das Anbringen von Anschlägen und Schildern in üblicher, der Einrichtung des Hauses entsprechender, nicht gegen die öffentliche Ordnung und die berechtigten Interessen der übrigen Wohnungsbeteiligten verstoßender Weise (Anpreisungen mit Beleuchtung usw.); diese Möglichkeit darf der Vermieter nicht dadurch abschneiden, daß er Anpreisetafeln für dritte Personen anbringt.[1])

III. Die Miete ist eine Miete auf Selbstgebrauch, jedoch eine Miete auf Selbstgebrauch nur unter gesetzlicher Kündigung; soweit die Miete den Mieter mehr bindet als bei gesetzlicher Kündigung, ist der Mieter auch zum Fremdgebrauch befugt, vorausgesetzt daß der Fremdgebrauch durch eine taugliche Persönlichkeit erfolgt, d. h. durch eine Persönlichkeit, die nach ihrer Lebensführung den Verhältnissen der Mietsache und der bestimmenden Umgebung entspricht. Zu diesem Fremdgebrauch ist der Mieter allerdings nicht unmittelbar befugt, aber mittelbar, in der Art, daß die Dauermiete, wenn ein solcher Fremdgebrauch ausgeschlossen sein soll, zu einer Miete mit

---

[1]) Vgl. L.G. Straßburg 29. Jan. 1901, Z. f. Els.Lothr. XXVI S. 337, Kammergericht 24. Sept. 1900 Mugdan II S. 32; vgl. auch Seinetrib. 12. März 1901 Z. franz. Civ.R. XXXIV S. 622.

gesetzlicher Kündigung wird. Mit anderen Worten: er kann dem Vermieter eine taugliche Person als Ersatzperson bezeichnen, und wenn dieser nicht damit einverstanden ist, die Miete mit gesetzlicher Frist kündigen. Doch ist diese Bestimmung nachgiebigen Rechtes, § 549; sie gilt von der Miete, nicht von der Pacht, § 596.

Der Selbstgebrauch ist auch ein Erbengebrauch, aber nur gegen gesetzliche Kündigung, und zwar in der Art, daß bei der Miete auch der Vermieter ein Kündigungsrecht hat, bei der Pacht nur der Erbe, §§ 569, 596. Selbstgebrauch ist, mindestens was Wohngebrauch und was den Gebrauch von Dingen betrifft, die mit dem Wohngebrauch zusammenhängen, Familiengebrauch, d. h. der Mieter hat den Wohngebrauch mit seiner Familie. Der Familiengebrauch ist auch Gastgebrauch; Gast ist, wer zeitweise in den Familienkreis aufgenommen wird. Familiengebrauch ist auch Gesindegebrauch; Gesinde ist, wer zu ständigen oder vorübergehenden Dienstleistungen dem Familienverband einverleibt ist. Im Gegensatz dazu steht der Fremdgebrauch, d. h. der Gebrauch durch eine nicht in den Familienkreis aufgenommene Person, sei es daß er entgeltlich, sei es daß er unentgeltlich stattfindet.

Selbstgebrauch ist nicht Gläubigergebrauch: der Gläubiger hat nicht die Befugnis, das Miet- oder Pachtrecht seines Schuldners zu seiner Befriedigung zu verwenden; davon besteht eine Ausnahme im Konkurs, § 19 K.O.[1])

IV. Auch der etwaige Fremdgebrauch ist ein Gebrauch des Mieters; er hat daher für den Fremdgebrauchenden zu haften: der Fremdgebrauchende ist Ersatzperson (S. 19); darum hat der Mieter für dessen Verschulden einzustehen, aber auch für dessen Unvernunft, wenn z. B. eine geisteskranke Person, die er als Nachmieter angenommen hat, Dinge verübt, die bei einem Geistesgesunden ein Verschulden darstellen. Er haftet trotz der Erlaubnis des Vermieters (§ 549), da der Fremdgebrauch trotzdem Gebrauch des Mieters bleibt. Er haftet, — eine unmittelbare Entschädigungshaftung des Nachmieters gegenüber dem ersten Vermieter findet nicht statt.

Der Fremdgebrauch ist ein Gebrauch im Kreise des Mietgebrauchs. Daher kann der Vermieter

[1]) Leitfaden des Konkursrechts S. 97f.

1. gegen den Fremdgebraucher unmittelbar vorgehen, wenn er die Grenzen des Gebrauchs überschreitet;

2. er kann von ihm nach Beendigung der Miete die Sache herausverlangen (oben S. 14);

3. findet die Fremdgebrauchsüberlassung während des Prozesses zwischen Vermieter und Mieter statt, so erstreckt sich die Rechtskraft auch auf ihn, § 325 Z.P.O.

V. Das Wohnen ist Eingebrauch, nicht Mehrgebrauch. Daher liegt ein Fall des unteilbaren Schuldverhältnisses vor, wenn mehrere Mieter sich für dieselbe Wohnung verpflichten: in diesem Falle muß angenommen werden, daß nicht nur der eine für den anderen haftet, sondern auch der Tod des einen noch keinen Kündigungsgrund bildet, weil der Überlebende das Mietverhältnis fortsetzt. Ebenso ist dann zu entscheiden, wenn bezüglich des einen der Fall einer Versetzungskündigung vorliegt. Haben aber zwei Ehegatten zusammen gemietet, so ist die Regel, daß nur der Ehemann als Mieter gilt und die Frau sich höchstens als Selbstschuldnerin mit verpflichtet; jedenfalls würde hier der Fall der Versetzungskündigung bezüglich des Mannes auch die Frau mit treffen. Vgl. S. 148, 151.

VI. Gebrauch ist nicht Mißbrauch. Mißbraucht der Mieter die Sache, so greift er in den Rechtskreis des Vermieters ein. Er ist selbstverständlich verpflichtet, den Mißbrauch zu unterlassen, und wenn er ihn trotz Abmahnung nicht unterläßt, so geht gegen ihn ein Ablassungsanspruch; unter Umständen gibt dies dem Vermieter eine Befugnis zur Kündigung, wenn nämlich der Verstoß gegen den Vermieter ein erheblicher ist, also weil beispielsweise seinen dringenden Anforderungen zuwidergehandelt wird, oder weil die Fortsetzung des Gebahrens eine erhebliche Sachgefährdung herbeiführen würde, §§ 550, 553. Vgl. S. 272.

Mißbrauch ist ein Gebrauch gegen die natürliche oder durch Vereinbarung festgesetzte Bestimmung des Gegenstandes; wohin es auch gehört, wenn der Mieter in einer noch brauchbar ausgestatteten Wohnung neue Herrichtungen (z. B. Wandverkleidungen) gegen die bisherige Art und nach seinem sonderpersönlichen Geschmack anbringen läßt; was nur statthaft ist gegen Sicherheit der Wiederherstellung des früheren Zustandes bei Be-

endigung der Miete. Mißbrauch ist auch ein Gebrauch, der das Nachbarrecht schädigt und dadurch den Eigner haftbar macht; Mißbrauch ist auch ein Gebrauch, der in einer nach außen dringenden und dadurch den Vermieter bloßstellenden Weise gegen die guten Sitten verstößt, wie z. B. die Benutzung einer Wohnung zu kupplerischen Zwecken; während Unsittlichkeiten, die nicht nach außen dringen und sich im Innern abspielen, den Vermieter nicht berühren. Dagegen liegt kein Mißbrauch vor, wenn der Mieter seinen besonderen politischen oder religiösen oder geschäftlichen Standpunkt kundgibt, sollte dies auch im Widerspruch mit der Herzensmeinung des Vermieters stehen; so durch Beleuchtung oder Nichtbeleuchtung, Anpreisunngsschilder, Ausstellung von Schriften — in diese Verhältnisse darf der Vermieter, sofern es sich nicht um Unsittlichkeiten handelt, nicht hineinreden.

VII. Das Gebrauchen ist eine Befugnis; daß aber Mißbrauch vermieden wird, ist nicht nur eine Grenze der Befugnis, sondern auch eine Verpflichtung des Gebrauchenden gegenüber dem Vermieter, § 548, weshalb er in dieser Beziehung für Hilfspersonen in gewöhnlicher Weise einsteht (§ 278). Hilfspersonen sind aber alle Personen, die innerhalb des Mietgebrauchs handeln (oben S. 318).[1])

VIII. Das Wohnen wirft keine Einkünfte ab; darum hat der Mieter bei der Wohnung keine Ausbesserungskosten zu bestreiten, soweit sie nicht durch sein Verschulden nötig geworden sind, § 548. Dasselbe gilt aber auch von anderen Mietsachen, es gilt insbesondere auch von Vorratsräumen und Läden, die dem Handelsbetriebe dienen (im Gegensatz zur Pacht eines Handelsgewerbes); denn in diesem Falle dienen die Räumlichkeiten allerdings dem Handelsgewerbe, aber sie führen nur mittelbar zum Gewinn: der Gewinn ist auf Rechnung des Handelsgewerbes zu schreiben und die Raummiete ist ein Sollposten des Gewerbes. Entsprechend hat auch der Vermieter alle Sachlasten zu tragen, § 546.

Der Mieter hat also die Befugnis, die Ausbesserungen zu verlangen, die nötig sind, um die Sache in gebrauchsmäßigem Stande zu erhalten. Er hat hierzu die Befugnis. Eine

---

[1]) Vgl. auch Bruck, Arch. f. b. Recht XXVII, S. 113f.

Forderung besteht noch nicht an sich, sie besteht erst von dem Augenblick an, wo der Mieter von dieser Befugnis Gebrauch macht; möglicherweise ist er zufrieden und drängt nicht auf Ausbesserung, möglicherweise will er sie erst später; möglicherweise ist es ihm so wohler. Das ist wichtig; denn wenn das Mietverhältnis auf einen Rechtsnachfolger des Vermieters übergeht, so ist es nicht etwa so, als ob die Ausbesserungsforderung, als bereits gegen den früheren Vermieter erwachsen, bei diesem stehen bliebe, sondern der Mieter hat die Befugnis, sie gegenüber dem neuen Mietsherrn zur Wirksamkeit zu bringen, und er hat eine Forderung gegen diesen, während der frühere Mietsherr nur nach bürgschaftlichen Grundsätzen weiter haftet. Eine Schadensersatzpflicht wegen Nichtherstellung entsteht darum auch erst durch Verzug, § 538. Im Fall des Verzugs hat der Mieter auch die Befugnis der Selbstherstellung mit unbedingtem Ersatzanspruch, während sonstige Ersatzansprüche nur für notwendige Verwendungen erwachsen, für andere nur nach den Regeln der Menschenhilfe, § 547.

Der Mieter hat die Befugnis, die Ausbesserungen zu verlangen, er hat nicht die Befugnis, die Neuherstellung zu verlangen, wenn die Sache ganz oder zu einem so erheblichen Teile untergeht, daß der Mangel nicht als ein durch Ausbesserung wiederherstellbarer Mangel erscheint (vgl. oben S. 34f.). Im letzteren Fall ist die Leistung des Vermieters unmöglich geworden, und es treten die früher erörterten Grundsätze ein (oben S. 75, 263, 275).

Der Pächter einer Sache dagegen wird, sobald ihm der Besitz überlassen ist, Eigentümer der Früchte mit der Trennung. Er wird dies auch dann, wenn etwa der Verpächter seinem Fruchtgenuß Widerspruch entgegensetzen wollte; er wird es, auch wenn die Sache nicht im Eigentum des Verpächters steht, sofern er nur bei Besitzüberlassung in gutem Glauben ist und nicht vor der Trennung der Früchte in bösen Glauben kommt,[1]) §§ 956, 957. Sowie die Früchte über den Ertrag hinausgehen, scheint es nach § 581 im Gegensatz zu Nieß-

[1]) d. h. von der Ermangelung des Rechts erfährt: der gute Glaube (zu dessen Begründung Nichtkenntnis und Abwesenheit der groben Fahrlässigkeit gehört), setzt sich fort, bis an Stelle der Nichtkenntnis die Kenntnis tritt.

brauch und Nutznießung (§§ 1039, 1383, 1652), daß er nur Eigentümer wird, soweit der Ertrag reicht; das steht aber im Widerspruch mit den Bedürfnissen des Lebens und mit der Notwendigkeit einer festen Abgrenzung des Eigentumswesens: es ist vielmehr anzunehmen, daß er auch hier Eigentümer wird, vorbehaltlich der notwendigen Ausgleichung.

Der Pächter hat darum in entsprechenden Fällen auch die Ausbesserungskosten auf sich zu nehmen; dies gilt

1. beim Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks, d. h. eines Grundstücks, das dem Ackerbau oder der Viehzucht dient. Hier hat der Pächter auch die nötigen Auslagen zu tragen, nicht etwa bloß die Fruchtbestellungskosten im eigentlichen Sinn, sondern auch die gewöhnlichen Auslagen für die Pachtsachen, und zwar nicht nur für Feld und Flur, sondern auch für diejenigen Gebäude, welche mit dem Landbau wirtschaftlich in Beziehung stehen; daher auch für die mit dem landwirtschaftlichen Betrieb verbundenen Wohnräume, denn das Wohnen ist in dieser Beziehung ein Anhang zum landwirtschaftlichen Leben, § 582.

Dies gilt in gesteigertem Maße

2. vom Pächter eines Landguts, d. h. eines auf sich gestellten landwirtschaftlichen Ganzen, das darum im B.G.B. mehrfach hervorgehoben wird (beim Nießbrauch, § 1055, bei der Nutznießung §§ 1421, 1663, bei der Erbfolge §§ 2049, 2130, 2312, vgl. 1515, bei der Vormundschaft § 1822, Z. 4).[1] Da dieses ein Organismus für sich ist, so soll es auch die Mittel seiner Bewirtschaftung möglichst in sich besitzen, und der Pächter soll dahin streben, daß es in dieser Beziehung stets gut ausgestattet ist, daß es also die Hilfsmittel für die Weiterkultur enthält. Er ist daher insbesondere verpflichtet, dafür zu sorgen, daß bei Beendigung der Pacht die Aussaat für die weitere Bewirtschaftung vorhanden ist, auch dann, wenn er seinerseits das Landgut ohne solche erhalten hat, nur natürlich gegen etwaige Ausgleichung, § 593; dies ist eine Bestimmung des Pachtgeschäftes, welche rechtsähnlich auch auf dingliche Verhältnisse, insbesondere Nießbrauch und Nutznießung, aus-

[1]) Selbständige Kapitalansammlung und Buchführung sind Merkzeichen, aber keine Voraussetzungen, O.L.G. Königsberg 3. Dez. 1904, Seuffert 60, Nr. 50.

gedehnt ist. Das Gesagte kann einige Änderungen erfahren, sofern das Landgut nach Schätzung übernommen wird, in welchem Fall es als Landgut von gleichem Schätzungswert zurückzugeben ist, also vorbehaltlich der Ausgleichung bei Minderung oder Mehrwert und vorbehaltlich der etwaigen Ablehnung des Neuerwerbs, wenn er überflüssig oder nach Verhältnis zu wertvoll ist; welche Ablehnung, wenn der Neuerwerb nicht auszuscheiden ist, zu einer Ablehnung des Ganzen führen kann, §§ 594, 589.

3. Eine ähnliche Behandlung ist aber auch bei der Pacht von Industrieunternehmungen, die mit körperlicher Grundlage arbeiten, anzunehmen: der Pächter hat die entsprechenden Ausbesserungen zu machen; und handelt es sich um ein Ganzes, wie z. B. um ein Theater, so hat er das Ganze in seinem Stande zu erhalten.

IX. Der Mietzins ist bei Beendigung des Mietverhältnisses, allenfalls nach den bestimmten Abschnitten zu entrichten. Bei Grundstücken, Wohnräumen oder Räumen ist die Regel eine Entrichtung nach Kalendervierteljahr, und zwar ist dies insofern eine unverbrüchliche Regel, als eine Entrichtung in längeren Fristen den in das Mietverhältnis eintretenden Eigentumsnachfolger nicht bindet, §§ 551, 571f.

Wird das Mietverhältnis vorzeitig gelöst, so ist an sich der entsprechende Mietzins alsbald zu entrichten; das wäre eine Härte für den Fall, daß der Grund der vorherigen Beendigung im Mietgegenstand selbst liegt (z. B. wenn das Haus abbrennt) oder in der Schuld des Vermieters. Hier muß man bis zur Zeit der regelrechten Beendigung Sicherstellung statt der Erfüllung zulassen.

X. Der Mieter hat die Befugnis des Gebrauchs, er hat nicht die Pflicht des Gebrauchs. Anders verhält sich dies allenfalls mit dem Pächter; so

1. mit dem Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks: bei der Landwirtschaft kann eine Beziehung zu künftigen Jahren nicht außer Betracht bleiben, mit Rücksicht darauf, daß die Bewirtschaftung des einen Jahres die kommende Zeit beeinflußt, und somit eine gesunde Benutzung des Grund und Bodens eine gewisse fortgesetzte sachgemäße Behandlung verlangt. Insoweit alle diese Umstände in Rücksicht kommen, ist die Ausübung der Landwirtschaft durch

den Pächter nicht nur Recht, sondern auch Pflicht, eine Pflicht allerdings nur insofern, als er die Pachtsache dem Verpächter entzieht; es steht ihm frei, sofern er nur für den Pachtzins einsteht, den Gegenstand dem Selbstbetrieb des Eigners zu überlassen — dies wird mitunter bei uneinträglichen Gegenständen das Günstigste sein.[1])

2. Noch mehr gilt dies letztere von der gewerblichen Pacht, von der Pacht einer Wirtschaft, eines Theaters, einer Apotheke, eines Handelshauses: hier besteht der Satz von der Ausbeutungspflicht in gesteigertem Maße, weil durch eine folgerichtige Nichtausübung die Geschäftsanstalt Not litte und der Kundenkreis sich verliefe.[2])

3. In allen diesen Fällen muß nicht nur ein fortdauernder Betrieb stattfinden, sondern ein solcher Betrieb, daß die Weiterführung nach Ablauf keine Störung erfährt; dies gilt vom landwirtschaftlichen Betrieb, was die Kulturfolgen betrifft, und von der Ausstattung des Pachtguts bei Beendigung der Pacht, §§ 583, 591, es gilt in rechtsähnlicher Weise von der Pacht eines Gewerbeunternehmens. Umgekehrt ist der in die folgende Zeitspanne einwirkende Aufwand bis zum Fruchtwerte zu vergüten, § 592.

XI. Die Pflichten des Vermieters aus der Gebrauchsüberlassung ergeben sich aus dem obigen (S. 262f., 274f.). Sie sind nicht erschöpft mit der einmaligen Gebrauchseinweisung, § 536; sie gehen dahin, daß der Vermieter ständig die Hemmnisse des Gebrauchs entfernt, so lange nicht eine Unmöglichkeit oder ein entschuldigtes Unvermögen vorliegt, §§ 538, 541 (S. 34, 85); zu den Hemmnissen gehört auch eine für den Mieter wesentliche Umgestaltung des Gegenstandes, auch eine vorhergehende in die Mietzeit hineinragende Vermietung;[3]) inwiefern dem Mieter für die entstandenen Aufwendungen, sowie für die Ausbesserungen, die er bei Verzug des Vermieters macht, Ersatz zu leisten ist, wurde S. 321 erwähnt, §§ 538, 547.

---

[1]) Darauf habe ich schon vor Jahren im Arch. f. ziv. Praxis B. 71 S. 397f. hingewiesen. Vgl. auch O.L.G. Zweibrücken 25. Febr. 1903 Z. franz. Z.R. XXXIV, S. 475.

[2]) Vgl. meinen zit. Aufsatz S. 399f., O.L.G. Braunschweig 12. Okt. 1900, Seuffert 56 S. 307.

[3]) O.L.G. Hamburg 18. Mai 1901, Mugdan III S. 8.

3. Übergang auf Dritte.

§ 124.

I. Das Mietverhältnis ist vielfach ein überspringendes Verhältnis, d. h. ein Schuldverhältnis, welches auch auf einen Dritten übergeht, und zwar durch Vorgänge, die außerhalb dieses Schuldverhältnisses stehen. Dies ist der Fall, sobald es sich um eine Sache, d. h. um einen körperlichen Gegenstand handelt, und sobald das Mietverhältnis einen Besitzerwerb des Mieters zur Folge hat. Der Besitz soll nicht nur den Besitzesschutz gewähren, sondern auch den Schuldverhältnissen, denen er dient, jene Festigkeit und Unerschütterlichkeit geben, von der oben (S. 268) gesprochen wurde. Daher ist es von der größten Bedeutung, daß das B.G.B. dem Mieter Besitz gegeben hat: das römische Recht konnte von seinem Standpunkte aus diesen Erfordernissen des Lebens nicht gerecht werden. Hat das Mietverhältnis keinen Besitzerwerb zur Folge, wie z. B. wenn jemandem gestattet wird, zu bestimmten Stunden ein Klavier zu benutzen oder ein Pferd zu reiten, dann gilt dies nicht.

II. Die Drittwirkung des Mietverhältnisses kann eine einseitige oder zweiseitige sein. Eine einseitige ist sie dann, wenn lediglich der Mieter die Befugnis hat, gegenüber einem Dritten die Fortsetzung des Verhältnisses zu verlangen. Dies ist der Fall bei allen körperlichen Gegenständen, mit Ausnahme der Grundstücke, der Wohnräume und der Räume, § 986: in solchem Fall hat der Erwerber der Sache keine Befugnis, die Weiterführung der Miete vom Mieter zu begehren, sofern dieser sie nicht will; z. B. wenn ich ein Pferd auf drei Monate gemietet habe, und der Eigentümer es veräußert: hier trete ich nur dann in ein Mietverhältnis zum Erwerber ein, wenn mir dies gefällt; im übrigen bleibe ich in dem Mietverhältnis zu dem Vermieter und bin befreit, wenn ich ihm den Mietzins bezahle, habe auch im ganzen nur mit ihm zu tun. Diese Gestaltung der Sache reicht in den obigen drei Fällen nicht aus, denn dort handelt es sich meist um eine länger dauernde Miete, und es handelt sich um Verhältnisse, die tief in das Haus- und Wirtschaftsleben einschneiden, es handelt sich auch darum, daß der Veräußerer die Sache möglichst los sein will

und die ganze Sorge auf einen anderen, den Erwerber, überwälzen möchte. Dem kann nur eine solche Gestaltung entsprechen, kraft deren der Erwerber völlig in das Verhältnis des Vermieters eintritt, sodaß der erste Vermieter mit der Zeit abgestoßen wird und der ganzen Beziehung sich entfremdet. Darum mußte die Rechtsordnung hier einen zweiseitigen Übergang des Mietverhältnisses annehmen, und dies ist auch nach manchen Schwankungen geschehen: der Grundstückserwerber tritt in das Mietverhältnis ein, § 571f., 580 (oben S. 267f.).

III. Dieser zweiseitige Übergang des Mietverhältnisses kann wieder ein vollkommener oder unvollkommener sein. Wird der Erwerber Eigentümer, so ist der Übergang ein vollkommener; dasselbe gilt auch dann, wenn ein dingliches Recht entsteht, welches dem Erwerber den Besitz der Sache gewährt. Anders bei dinglichen Rechten mit unvollständigem Gebrauchsrecht, insbesondere bei Grunddienstbarkeiten: hier ist der Eintritt in das Verhältnis von seiten des Dienstbarkeitsberechtigten nur ein negativer: er erlangt keine Rechte als Vermieter, und seine Pflicht dem Mieter gegenüber besteht einfach darin, daß er der Mietbenutzung kein Hindernis in den Weg legt und insofern sich dem Mieter gegenüber der Ausübung seines Rechtes begibt, § 577.

IV. Der Eintritt in das Mietverhältnis erfolgt, sofern der Mieter in Besitz gesetzt ist. Daher findet er nur statt, wenn bereits eine Besitzeinweisung des Mieters stattgefunden hat oder mindestens der Besitz ihm bereitgestellt wurde, und dies genügt, auch wenn das Mietverhältnis verlängert (prolongiert) wird.[1]) Noch mehr, eine Fortdauer des Besitzes von seiten des Mieters ist nicht einmal erforderlich: das einmal erlangte Recht des überspringenden Mietverhältnisses bleibt bestehen;[2]) und in keinem Fall wird verlangt, daß der Erwerber das Mietverhältnis gekannt hat.[3])

Der Besitzeinweisung steht die Zusicherung, die der Erwerber dem übertragenden Vermieter macht, gleich: wenn nämlich der Vermieter sein Eigentum überträgt, kann er sich

---

[1]) O.L.G. Hamburg 8. Dezember 1902, Mugdan VII S. 21.
[2]) O.L.G. Oldenburg 5. Juli 1902, Mugdan VII S. 23.
[3]) O.L.G. Königsberg 6. März 1903, Mugdan VII S. 20.

vom Erwerber versprechen lassen, daß dieser das Mietverhältnis wahren wird: diese Zusicherung bewirkt ohne weiteres einen Eintritt des Zusichernden in das Mietverhältnis; der Eintritt findet auch ohne Kenntnis des Mieters statt und kann nur zurückgenommen werden, wenn der Erwerb selbst zurückgenommen wird, § 578.

V. Der Erwerber tritt in das Mietverhältnis ein, so wie es ist, mit allen Sonderbedingungen, mit Verlängerungen usw., auch mit den nebensächlichen Vereinbarungen bezüglich des Inventars.[1]) Aber er tritt nur in das Mietverhältnis ein: Leistungen, die nur äußerlich damit zusammenhängen, z. B. Leistungen von Unterhalt, Verpflichtung zur Gewährung von Darlehen usw. gehen nicht mit über, auch wenn sie dem Verhältnis angeschlossen worden sind. Ebensowenig Verpflichtungen aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung, auch wenn sie im Anschlusse an das Mietverhältnis erwachsen sind.

Mit dem Mietverhältnis geht eine Sicherheit, die dem Vermieter gestellt ist, über, soweit sie nicht schon für Ansprüche aus der früheren Zeit verbraucht ist. Für diesen Übergang der Sicherheit gelten ähnliche Grundsätze wie bei der Übertragung von Forderungen, denn insofern steht der Eintritt in das Rechtsverhältnis dem Eintritt in die Forderung gleich; §§ 572, 1251. Der Nachfolger kann daher insofern die Aushändigung der Sicherheit verlangen, mindestens bei vertragsmäßigem Erwerb; bei Zwangserwerb muß § 838 Z.P.O. rechtsähnlich gelten; aber auch der Mieter (Pächter) kann die Übertragung der Sicherheit an den Erwerber begehren, denn er kann zwar nicht beanspruchen, daß die Sicherung ihm zurückgegeben wird, wohl aber, daß sie an den wahren Gläubiger kommt.[2])

VI. In allen Fällen des Überganges des Mietverhältnisses bleibt der Vermieter Bürge, § 571. Seine Verbindlichkeit erlischt daher nicht, sondern wird nur herabgemindert in eine Bürgschaftsverbindlichkeit,[3]) wie dies später (S. 424)

---

[1]) O.L.G. Hamburg 26. Oktober 1903, Mugdan VII S. 467.

[2]) R.G. 8. Januar 1908, J.W. XXXII Beil. S. 38. So schon wegen § 777 ZPO.

[3]) Wie in § 36 Verl.Ges., während § 28 Verl.Ges. weiter geht.

näher darzulegen ist: sie ist aber eine Bürgschaftsverbindlichkeit mit dem besonderen Beendigungsgrund, daß der Bürge für die Zukunft befreit wird, wenn er die Veräußerung dem Mieter mitgeteilt hat und der Mieter nicht auf den ersten möglichen Termin kündigte. Dies gilt vom ursprünglichen Vermieter, ebenso wie von demjenigen, der in das Mietverhältnis eingetreten ist und wieder veräußert hat: denn wer immer bei Bestehen des Mietverhältnisses veräußert, hat den Mieter zu decken: die Haftung des ersten Vermieters ist vielleicht längst erloschen. Möglicherweise hat daher der Mieter mehrere gesetzliche Bürgen, die als Gesamtschuldner haften, jedoch mit einem Rückgriffsrecht in der Art, daß die Last der Bürgschaft schließlich stets auf dem letzten Veräußerer haften bleibt, § 579.[1])

VII. 1. Die Miet- und Pachtzinsen stehen grundsätzlich demjenigen zu, welcher der Träger des Verhältnisses ist und zwar, wenn es sich um einen laufenden Zins handelt, gemäß § 101, nach Verhältnis der einem jeden zustehenden Mietzeit.[2])

Dies genügt aber den Anforderungen des Lebens nicht, da hierdurch

a. dem Vermieter die Verfügung über die künftigen Mietzinsen ganz unmöglich gemacht würde,

b. der Mieter möglicherweise falsch zahlte, sofern ihm die Veräußerung und damit der Eintritt eines neuen Vermieters nicht bekannt wäre.

Diese zwei Interessen aber verlangen ihre Berücksichtigung. Daher gelten folgende weiteren Grundsätze:

2. Die Mietzinsen des laufenden und nächstfolgenden Kalendervierteljahrs stehen in der Verfügung des Erstberechtigten kraft gesetzlicher Ermächtigung, und zwar ist diese Ermächtigung vermögensrechtlich, sie steht auch den Gläubigern des Erstberechtigten zu, auch der Konkursmasse.[3]) Sie sind in seiner Verfügung, solange er noch Träger

---

[1]) Richtig ausgeführt bei Koban, Gesetzliche Bürgschaft S. 29f. Auch hier hat sich vielfach die Wortauslegung eingestellt.

[2]) O.L.G. Dresden 22. März 1904, Mugdan IX S. 304.

[3]) R.G. 28. Mai 1904, 20. September 1904, J.W. XXXIII S. 407, 522, O.L.G. Kiel 21. Oktober 1901, Mugdan III S. 358, O.L.G. Hamburg 3. Dezember 1903, Mugdan VIII S. 398, O.L.G. Dresden 30. Dezember

des Mietverhältnisses ist, also bis zur Veräußerung der Sache. Die weiteren Mietzinsen sind nicht mehr in seiner Verfügung kraft gesetzlicher Ermächtigung, sie sind es nur kraft Genehmigung des Grundstückserwerbers, welche darin liegen kann, daß dieser davon Kenntnis hatte und doch das Grundstück erwirbt. Die Verfügung kann nicht nur in der Übertragung bestehen, sondern auch in der Gestattung der Schuldübernahme, im Erlaß, in der Annahme der Leistung, vgl. S. 176;

3. gilt der Grundsatz: es besteht zu Gunsten des Mieters eine doppelte Rechtsordnung in der Art, daß er für die Zeit, in der ihm die Übertragung des Eigentums unbekannt war, verlangen kann, so behandelt zu werden, wie wenn der Übergang erst zur Zeit seiner Kenntnisnahme erfolgt wäre, und zwar bezüglich der Erfüllung wie bezüglich sonstiger Befriedigung, namentlich bezüglich einer erworbenen Aufrechnung, bezüglich eines Erlasses oder einer Schuldübernahme (nach § 415), §§ 574, 575. Der Mieter ist aber nur befugt, nicht verpflichtet, die doppelte Rechtsordnung anzunehmen; er kann auch die folgerichtige Rechtsentwicklung anrufen. Hat er allerdings innerhalb des Verfügungskreises zu 2. geleistet, so kann er das Geleistete nicht zurückverlangen, weil er dies nicht kraft der doppelten Rechtsordnung, sondern kraft der gesetzlichen Ermächtigung des Erstvermieters getan hat. Aufrechnen aber kann er nach 3; er kann es aber auch nach 2, er kann es auch nach 1; auch nach 2, da er das in 2 gekennzeichnete Gläubigerrecht für sich anrufen kann.[1]) Vgl. Anhang.

Übrigens gilt eine doppelte Rechtsordnung auch in der Art, daß der Mieter, falls ihm der Vermieter den Eigentumsübergang angezeigt hat, die Schuldordnung kraft dieses Überganges annehmen kann, auch wenn der Übergang in der Tat nicht stattgefunden hat, § 576, vgl. 409 (oben S. 172f.).

1901, 6. Oktober 1902 und 9. März 1904, Mugdan IV S. 229, VII S. 24, VIII, S. 349, O.L.G. Frankfurt 2. Dezember 1902, Recht VII S. 291, O.L.G. Jena 29. Juli 1903, Jur.Z. VIII S. 576, Kammergericht 9. November 1903, Mugdan VII S. 462, unrichtig Celle 26. Februar 1903, Mugdan VII S. 25).

[1]) Wer das für zu verwickelt erklärt, der hat noch nicht gelernt. daß unsere Lebensverhältnisse eben solche Verwickelungen herbeiführen, und daß jedes Recht unvollkommen ist, das diesen Verwickelungen nicht nachkommt.

VIII. Im Falle des Erwerbs durch Zwangsversteigerung tritt der Erwerber ebenfalls in das Mietverhältnis ein, jedoch mit gesetzlicher Kündigungsbefugnis. Diese Kündigungsbefugnis hat ihren besonderen rechtlichen Hintergrund, denn die Zwangsversteigerung erfolgt gewöhnlich auf Grund von Hypotheken oder Grundschulden: wenn nun diese Hypothek oder Grundschuld dem Mietverhältnis nachgefolgt ist, dann hat sie allerdings kein Recht, das Mietverhältnis zu beschränken; geht sie aber dem Mietverhältnis voraus, dann hat der Hypothekenberechtigte, wenn er die Sache zur Zwangsvollstreckung bringt, eine ähnliche Stellung wie derjenige, der auf Grund einer auflösenden Bedingung erwirbt: er hat die Befugnis zu verlangen, daß versteigert wird in dem Rechtsstand, in dem die Sache war, als die Hypothek begründet war (darüber im Sachenrecht). Auf diese Weise rechtfertigt sich hier das Kündigungsrecht gegenüber dem Mieter schon aus den gewöhnlichen Grundsätzen, und da es der häufigste Fall ist, daß bei der Zwangsversteigerung Hypotheken bestehen, die der Begründung des Mietverhältnisses vorausgingen, und da man einen Unterschied in den Zwangsvollstreckungsergebnissen nach dem Zeitverhältnis zwischen Miete und Hypothek nicht machen kann, so hat man daraus die angegebene Regel entnommen; jedoch mit der Befugnis des Mieters, in das Zwangsvollstreckungsverfahren einzutreten und zu verlangen, daß der Versuch gemacht wird, das Grundstück unter Vorbehalt der vertragsmäßigen Fortdauer des Mietverhältnisses zur Versteigerung zu bringen, welchem Versuch dann stattzugeben ist, wenn hierdurch keiner der Beteiligten beeinträchtigt wird, § 9, Z. 2, § 59 Z.V.G. Im übrigen ist die Kündigung des Erwerbers Erstkündigung, d. h. sie ist nur statthaft für den ersten möglichen Termin (oben S. 272), § 57 Z.V.G.

IX. Der Eintritt in das Mietverhältnis findet auch dann statt, wenn das Eigentum kraft Gesetzes übergeht, es müßte sich denn die gesetzliche Veranlassung, welche das Eigentum überträgt, gegen das Mietverhältnis kehren, wie z. B. die Enteignung.

Dagegen findet ein Eintritt in das Mietverhältnis nur in beschränkter Weise statt, wenn

1. ein dinglich Berechtigter nach Maßgabe seiner Nutzungsbefugnis vermietet hat und das dingliche Recht aufhört, so

bei Nießbrauch, so bei Nutznießung, so auch bei dem Eigentum unter auflösender Bedingung, namentlich beim Vorerben gegenüber dem Nacherben. Hier tritt zwar der Nachfolgende in das Mietverhältnis ein, § 1056, aber mit Kündigungsrecht, §§ 1056, 1423, 2135.

2. Dasselbe ist auch dann anzunehmen, wenn jemand in gutem Glauben bei dem Besitzer, den er für den Eigner oder dinglich Berechtigten erachtete, als Mieter eingetreten ist, und wenn sodann der Besitzer durch den Berechtigten vertrieben wird. Auch in diesem Falle ist nicht ein plötzlicher Abbruch des Mietverhältnisses, sondern ein Eintritt mit gesetzlichem Kündigungsrecht anzunehmen; so insbesondere wenn der Käufer, dem noch nicht aufgelassen war, vermietet hat und dann der Kauf rückgängig gemacht wird.

Natürlich besteht die obige Schranke (V) auch hier; es muß aber noch Folgendes gelten: der Berechtigte, der in das Mietverhältnis eintritt, tritt nicht ein als Rechtsnachfolger des Vermieters, er tritt ein ohne daß er es will und wünscht. Daraus ergibt sich: sind im Mietvertrag besondere, außerhalb des Üblichen stehende Leistungen des Vermieters übernommen, so trägt er diese nicht, auch dann nicht, wenn sie zum Mietverhältnisse gehören; er haftet nur für das Übliche; so z. B. wenn der Vermieter einen vollen Neuaufbau gewisser Teile der Mietsache versprochen hatte.[1])

X. Gibt der Vermieter das Eigentum am Grundstück auf, so steht dem Mieter kein Vermieter mehr gegenüber.[2]) Wenn gleichwohl der Gebrauch mietweise fortgesetzt wird, so kann dies nur den Sinn haben, daß der Mieter den nunmehr als Aneigner eintretenden Fiskus in gleicher Weise als Mietherrn annehmen will, als ob dieser das Grundstück vom Vermieter erworben hätte. In diesem Falle treten daher die Grundsätze über die Fortsetzung des Mietverhältnisses ein, als ob hier eine Rechtsnachfolge stattfände, vorausgesetzt daß der Mieter den Staat als Rechtsnachfolger annehmen will. Auf der anderen Seite ist der Staat verpflichtet, den Mieter unter dem früheren Mietverhältnis anzunehmen, denn er kann

---

[1]) Dies ist Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht S. 72ff. zuzugeben, dessen Konstruktionen im übrigen unhaltbar sind.

[2]) Anders wenn nur der Besitz im Sinn des § 303 aufgegeben wird.

sich die Sache nur in dem Stande aneignen, in dem sie sich zur Zeit der Eigentumsaufgebung befindet. Wohl aber kann der Mieter, sobald die Eigentumsaufgebung stattfindet, sich frei machen und erklären, daß das Mietverhältnis zu Ende sei (Freiwahl).

XI. Wenn, was nicht ausgeschlossen ist dem Mieter oder Pächter ein dingliches Recht, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingeräumt wird, so gelten zwar die Bestimmungen des Miet- und Pachtrechtes im allgemeinen, jedoch mit der Änderung, welche ein solches dingliches Recht von selber herbeiführt. Insbesondere sind die Bestimmungen über den Eintritt des neuen Eigentümers in das Mietverhältnis nach §§ 571f. auch dann anwendbar, nur daß eben der Mieter oder Pächter in solchem Falle bereits dinglich geschützt ist. Wohl aber hat der Mieter hier weitere Rechte: er hat die Befugnis, gegen einen dritten Störenden von sich aus aufzutreten, indem er nicht etwa bloß die Besitzbefugnisse, sondern die dinglichen Ablassungsansprüche geltend macht, so z. B. wenn ein anderer widerrechtlich höher bauen will, oder wenn, nachdem eine Straßenbahn als Pächterin ein dingliches Recht an der Straße erworben hat, ein anderer etwas an dem Straßenkörper anbringt, wodurch die Benutzung beeinträchtigt wird. Gerade im Gebiete des Kleinbahnwesens tut oft ein dingliches Recht not; ganz ebenso wie im Erfinderrecht, wenn es sich um ein Lizenzverhältnis handelt.[1])

XII. Ein Übergang des Mietverhältnisses ist auch in der Art möglich, daß an Stelle des alten Mieters ein neuer eineintritt. Dies kann nur mit Zustimmung des Vermieters geschehen, weshalb eine bürgschaftliche Weiterhaftung des alten Mieters nicht stattfindet; der Eintritt kann unter Schuldübernahme bezüglich der bereits erwachsenen Verpflichtungen stattfinden, was aber nicht die Regel ist; er bewirkt jedoch einen Übergang der gegen den Vermieter erwachsenen Aus-

[1]) Handb. des Patentrechts S. 508f. und Arch. f. bürgl. Recht X, S. 272. Daß das gewöhnliche Recht des Mieters und Pächters trotz der §§ 571f. kein dingliches ist, hat Crome, Jahrb. für Dogm. XXXVII S. 1ff. in unwiderleglicher Weise bewiesen, und seine Ausführungen werden nicht erschüttert durch die Bemerkungen von Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht S. 20ff., 61ff., 72ff.

besserungsforderungen und einen Übergang der in dieser Hinsicht erwachsenen Rechtslagen, ebenso einen Übergang der durch Vorausbezahlung des Mietzinses geschaffenen Rechtslagen: soweit dieser vorausbezahlt ist, ist der künftige Mieter dem Vermieter gegenüber frei; er bleibt frei, auch wenn das Voraus bezahlte nach Eintritt des neuen Mieters zurückbezahlt werden sollte.

4. Mischverhältnisse.

§ 125.

I. Sachbenutzungen finden nicht selten auch bei anderen Vertragsverhältnissen statt. Hier ist im allgemeinen das überwiegende Recht maßgebend; für die Sachbenutzung aber gelten die Grundsätze des Mietvertrags, soweit sie im einzelnen Fall den Zwecken der Gerechtigkeit dienen können.

Solche Mischverhältnisse kommen insbesondere beim Kaufvertrag vor, wenn der Verkäufer zugleich die Geräte liefert, um die verkaufte Sache zu fassen, so namentlich bei entgeltlicher Bewirtung, wo Getränke und Speisen auf die Weise in das Eigentum des Gastes gebracht werden, daß man sie in den Gefäßen des Wirtes aufträgt. In diesem Falle darf nicht etwa ein Doppelvertrag, Kauf und Miete angenommen werden, sondern es liegt nur ein Vertrag vor, jedoch in der Art, daß die Gebrauchsüberlassung der Gefäße nach den Regeln des Mietsvertrages behandelt wird, weshalb beispielsweise §§ 538, 545 B.G.B. zutreffen.

II. Ebenso bleibt ein Werk auch dann Werk, wenn zur Annahme der Werkleistung eine Sachbenutzung erforderlich ist; dies auch, wenn bei der Sachbenutzung besondere Abgrenzungen stattfinden, sodaß dem Besteller des Werks ein besonderer örtlicher Bezirk zukommt; so beispielsweise bei der Kabine im Schiff, bei der Loge im Theater, bei der vorbehaltenen Abteilung in der Eisenbahn. In allen diesen Fällen besteht das Werk in der Ortsbeförderung oder in der dargebotenen Kunstleistung, und der Umstand, daß die Leistungsannahme eine bestimmte örtliche Beziehung zu einer Sache verlangt, ist, und daß der Unternehmer diese örtliche Beziehung herbeiführt, bewirkt nicht, daß neben dem Werkvertrag ein Mietvertrag einhergeht. Allerdings können gewisse Bestimmungen des Miet-

vertrages hier Anwendung finden, soweit ihre Begründung auch hierher paßt; so kann z. B. die Kabine abgelehnt werden, wenn ein Fall des § 544 vorliegt: ein derartiger Fall kann zur Wandelung des Werkvertrages führen, sofern nicht ein solcher Gleichwert geboten ist, daß die Ablehnung lediglich als Schikane zu betrachten wäre; so wäre beispielsweise auch eine Wandelung gestattet, wenn aus Versehen einer Dame ein Platz in einer Herrenkabine angewiesen worden wäre: das wäre ein arger Mangel der Leistung des Unternehmers (§ 634)!

III. Umgekehrt bleibt ein Mietvertrag Mietvertrag, auch wenn neben der Mietleistung einige Werkleistungen bedungen werden, wie z. B. wenn der gemieteten Maschine eine Bedienungsmannschaft mitgegeben wird;[1]) in welchem Fall, was deren Leistungen betrifft, die Regeln des Werkvertrags zugezogen werden müssen, so wenn ihre Leistungen mangelhaft sind und verbessert werden müssen.

IV. Zu den Mischverträgen gehört insbesondere der Beherbergungsvertrag: dieser ist ein Mietsvertrag, verbunden mit Lieferungs- oder Dienstpflicht oder mit beiden. Er muß als Ganzes aufgefaßt werden, weshalb, wenn dabei Lieferungen stattfinden, die Lieferungsübernahme nicht als ein damit verbundener Kauf- oder Werkkauf zu gelten hat.

Daher sind hier die Grundsätze vom Gläubigerverzug beim Mietvertrag in Anwendung zu bringen, jedoch mit folgender sachgemäßer Besonderheit:

1. Handelt es sich um eine Beherbergung im Sanatorium, so hat der Gast ein Kündigungsrecht, wenn der Aufenthalt für seine Gesundheit schädlich ist, und das Gleiche gilt auch für sonstige Aufenthaltsstätten, die eigens der Gesundheit oder Erholung gewidmet sind. Hier muß der § 544 rechtsähnlich in Anwendung kommen.

2. Ist der Vertrag ein Pensionsvertrag, so muß, wenn der Gast erkrankt ist, sodaß er von den Pensionslieferungen keinen Gebrauch machen kann, ein entsprechender Abzug stattfinden.

3. Für die Beherbergung im Hotelzimmer gelten die gesetzlichen Kündigungsbestimmungen nur vorbehaltlich des Orts- und Geschäftsgebrauchs.

---

[1]) O.L.G. Marienwerder 10. Februar 1908, Seuffert 58 Nr. 168.

4. Ist ein Kranker in ein Sanatorium aufgenommen, so haftet er nicht für das, was er bei und durch seine Krankheit verletzt; denn dies wird beim Vertrag berücksichtigt und die Gefahr erhöht den Preis; anders wenn jemand in einem Hotel erkrankt und Gegenstände zerstört, worüber oben S. 32. Die Ansteckung an sich aber ist keine dem Kranken zuzurechnende Folge (sie beruht nicht auf Handlungen, sondern auf der Tatsache des Aufenthalts): dafür hat der Unkundige nicht einzustehen. Noch weniger haftet er für seinen Tod! Das ist ein Unglück, das der Gastwirt hinnehmen muß.[1])

Weitere Besonderheiten des Herbergsvertrags mit Gastwirten beziehen sich

a) auf die Haftung des Gastwirts,

b) auf seine Sicherung durch Pfandrecht, § 704. Das erstere gehört der Lehre vom Unrechtsverkehr, das letzte dem Sachenrecht an.

5. Verweisungen.

§ 126.

Bezüglich der Mängelhaftung und des Unvermögens vgl. S. 262f., 274f., bezüglich der Kündigung S. 269f., bezüglich der relocatio tacita S. 275f., bezüglich des Inventars S. 35, 112, bezüglich der Entschädigung S. 35f., 85, 140, 320, bezüglich der Anzeigepflicht S. 24, bezüglich der Verjährung S. 120, bezüglich des § 556 S. 261.

Das Pfandrecht des Vermieters, Verpächters und Pächters (§§ 559 bis 563, 581, 585, 590) gehört ins Sachenrecht.

II. Wertgebrauchsüberlassung, Darlehen.

1. Allgemeines.

§ 127.

I. Das Darlehn hat das Wesen einer Hauptgeldhingabe, d. h. einer Hingabe vertretbarer Sachen zu dem Zwecke der wirtschaftlichen Wertbenutzung, mit der Verpflichtung der Rückleistung, mit oder ohne daß eine Vergütung für die erfolgte Zurverfügungstellung des wirtschaftlichen Wertmittels stattfindet.

Danach hat das Darlehn mit der Miete einerseits und mit dem Leihvertrag andererseits Verwandtschaft, unter-

[1]) Kammergericht 26. Januar 1903, Mugdan VII S. 11.

scheidet sich aber von beiden dadurch, daß es sichnicht um einen Sondergegenstand, sondern um einen Wert handelt. Der Wert aber wird, wie oben (S. 9) ausgeführt, rechtlich nicht wie bei der Wirtschaft als Vermögensgegenstand behandelt, sondern er kann in der Sprache des Rechtes nur mittelbar zum Ausdruck gebracht werden: mittelbar auf dem Wege des Schuldrechts. Mithin kann hier nicht die Übergabe und Rückgabe eines Gegenstandes in Frage stehen; hier kann nur das Streben herrschen, daß Sachen, die einen Vermögenswert darstellen, zu eigen übertragen, und wiederum Sachen, die einen Vermögenswert darstellen, ins Eigentum zurückübertragen werden.

II. Dies verändert die ganze Gestaltung des Verhältnisses; der Darlehnsnehmer ist in einer ganz anderen Lage, als der Sachentleiher; während dieser die Leihsache hat und jeden Augenblick zurückgeben kann, muß der Darlehnsnehmer sich das nötige Hauptgeld verschaffen, um den Wert zurückerstatten zu können. Deshalb können, auch wenn das Darlehn ein zinsloses ist, die Grundsätze über Leihe keine Anwendung finden, noch weniger die über Schenkung. Namentlich ist der Darleiher in keiner Weise befugt, ein zinsloses Darlehn zu widerrufen oder wegen unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses die vorzeitige Rückzahlung zu verlangen; er ist nicht zum Widerruf wegen Undankes befugt usw.

In gleicher Weise läßt sich das verzinsliche Darlehn juristisch nicht als Miete darstellen, wenn es auch ein richtiger Gedanke ist, daß im wirtschaftlichen Ergebnis ähnliche Folgen eintreten sollen, wie wenn das Hauptgeld zum Gebrauch gegen Mietzins überlassen worden wäre. Vielmehr ist auch das verzinsliche Darlehn eine volle Gegenstandsleistung gegen Gegenleistung, und nur Folgendes ist aus jenem Gesichtspunkt zu entnehmen:

1. solange das Darlehn nicht geleistet oder bereitgestellt ist, laufen die Zinsen nicht, wohl aber laufen sie, wenn das Hauptgeld vertragsmäßig bereit gestellt wurde und der andere es nicht annimmt oder aus persönlichen Gründen nicht in der Lage ist, es anzunehmen;

2. wird das Hauptgeld zurückbezahlt, so laufen keine Zinsen mehr, auch dann nicht, wenn etwa die Rückzahlung verfrüht gewesen wäre, ja selbst dann nicht, wenn der Darleiher aus

Irrtum die verfrühte Rückzahlung angenommen hätte. Er kann nicht etwa wegen dieses Irrtums eine ungerechtfertigte Bereicherung des anderen Teils zur Geltung bringen (oben S. 275);

3. der Darleiher haftet für Eigentumsübertragung, er haftet auch für die Güte der Wertträger und ist darum ebenso haftpflichtig, wie der Vermieter haftpflichtig ist, wenn er eine mangelhafte Sache zur Verfügung gestellt hat (S. 263, 274f.); an Stelle der Kündigung des § 542 tritt die Befugnis, sich durch Rückgabe der mangelhaften Leistung zu befreien.

4. Der Zins ist (laut nachgiebigen Rechts) Jahreszins, § 608.

III. Das Darlehn kann wiederum konkretes oder abstraktes Wertdarlehn sein: konkretes Wertdarlehn, wenn es sich um andere vertretbare Sachen als Geld handelt oder wenn Geld als Effektivgeld in Betracht kommt, in der Art, daß eine bestimmte Art Geldstücke gegeben und zurückgegeben werden soll; abstraktes Wertdarlehn dagegen liegt vor, wenn nichts als ein Wert den Gegenstand des Darlehns bildet, ohne daß der Wert nach irgend einer Seite hin beschrieben oder begrenzt wäre: in einem solchen Fall handelt es sich nicht um Geldsorten bestimmter Art, es handelt sich lediglich um das im Rechtsverkehr anerkannte Geld in dem Wert, den es im Rechtsleben vertritt.

2. Übergabe- und Vereinbarungs(Konsensual)darlehen.

§ 128.

I. Das Darlehn kann, wie Kauf und Miete, Vereinbarungs-(Konsensual)- oder Übergabe(Real)vertrag sein. Es ist wie dort möglich, daß die Wertleistung gegen Rückversprechen sofort stattfindet; es ist aber auch möglich, daß Versprechen und Rückversprechen erfolgt und daraufhin das Versprechen des Darleihers durch Hingabe des Wertes erfüllt wird, während die Erfüllung des Rückversprechens noch aussteht. Und wie bei den übrigen Vereinbarungsverträgen, kommt auch hier eine doppelte Bildung vor, entweder so, daß, — was die Regel ist, — beide Teile gleichmäßig verpflichtet sind, oder so, daß zwar der Darleiher sofort gebunden ist, das Hauptgeld zu geben, falls der Entleiher es will, während es in dem Belieben des Entleihers steht, das Hauptgeld zu übernehmen oder nicht.

Hiervon ist bereits oben (S. 235) die Rede gewesen.

Ein Vereinbarungsdarlehn in der Art, daß es bloß das Recht des Entleihers ist, das Geld zu verlangen, nicht aber des Darleihers, das Geld in bestimmender Weise zu geben, findet insbesondere bei der Krediteröffnung statt, und namentlich auch dann, wenn ein Bankhaus sich verpflichtet, nach Verlangen Baugelder zur Fortsetzung eines Baues vorzustrecken.

II. Die Annahme, daß das Darlehn kein Vereinbarungsdarlehn sein könne, ist völlig altertümlich. Insbesondere entbehrt die Konstruktion, als ob in solchem Falle bloß ein Vorvertrag vorläge, jeder Grundlage im Leben (S. 234); denn läge ein Vorvertrag vor (I S. 553), so würden beide Teile versprechen, daß ein Darlehnsvertrag am Geldzahlungstermin abgeschlossen werden solle, der Darleiher also, daß er das Geld geben, der Leiher, daß er bei der Auszahlung des Geldes die Rückleistung versprechen werde. Das ist aber völlig abwegig. Der Leiher verspricht nicht, versprechen zu wollen, sondern er verspricht, seiner Zeit zahlen zu wollen, und wenn der Darleiher das Geld bereit legt, so ist das Verhältnis ebenso eröffnet und der Leiher ebenso gebunden, wie bei der Miete, wenn der Vermieter die Sache zur Verfügung gestellt hat: auch bei der Miete hat nach Übergabe der Mietsache der Mieter nicht etwa die Rückgabe erst zu versprechen: er hat sie schon bei Abschließung des Vereinbarungsgeschäfts versprochen. Eine andere Behandlung der Sache ist nichts als ein Überrest der ganz unbehilflichen und unbeholfenen Pandektenscholastik. Ja, diese Vorstellung geht noch weit hinter das römische Recht zurück, denn schon im römischen Rechte war das Darlehn, wenn auch nicht als Vereinbarungsdarlehn, doch als Verbaldarlehn ohne Hingabe möglich, indem beide Teile durch Stipulation, der eine sich die Hingabe des Geldes und der andere sich die Rückzahlung und Verzinsung versprechen ließ; dies hatte die Pandektenwissenschaft vergessen. Und wenn sich im Bereich des B.G.B. auch hier die Wortauslegung einfindet, so ist dies der steinerne Gast, der sich regelmäßig im Anfang einstellt und dann glücklicherweise verschwindet.

III. Ob ein Vereinbarungs- oder Übergabedarlehn gemeint ist, hängt natürlich von den Umständen ab. Wenn sich

jemand eines Maklers bedient, um ein Darlehen zu vermitteln, so kann ein Vereinbarungsdarlehn verstanden sein, meist aber wird es sich um ein Übergabedarlehen handeln.[1])

IV. Beim Vereinbarungsdarlehn verspricht der Darleiher, zu einem bestimmten Termin einen Wert, meist eine Geldsumme zu entrichten: seine Pflicht ist daher eine Geldzahlungspflicht. Daraus ergibt sich:

1. der Darlehnsempfänger hat die Befugnis, diese Forderung gegen eine Geldforderung zur Aufrechnung zu bringen; dagegen kann allerdings der Darlehnsgeber seine Geldzahlungspflicht nicht durch Aufrechnung tilgen, da eine solche Aufrechnung mit dem Zweck des Darlehns im Widerspruch stünde (S. 212). Nur dann ist es anders, wenn der Darlehnsempfänger damit übereinstimmt, so daß die Aufrechnung eine vertragsmäßige ist: denn durch Vertrag kann auch eine Zweckleistungspflicht aufrechenbar werden; so wenn etwa beide Teile nachträglich ausmachen, daß etwas, was der Darlehnsempfänger dem Darleiher schuldet, als Darlehnswert gelten solle, § 607.[2])

Ebenso ist

2. die Forderung des Darlehnsempfängers auf Geldleistung übertragbar, wodurch natürlich nicht das Darlehnsverhältnis übertragen wird, — denn der Darlehnsempfänger ist und bleibt Darlehnsschuldner; wohl aber hat der Darleiher an den Forderungserwerber zu leisten, während er alle Rechte gegen den Entleiher behält; ebenso kann natürlich die Erfüllung der Geldschuld des Darleihers dadurch erfolgen, daß er auf Anweisung an einen dritten leistet. Ausnahmen können gelten: die Forderung kann nach ihrem Zweck unabtretbar und unpfändbar sein, so Baugelder zur Zahlung der Bauarbeiter.[3])

3. Als sofortige Gegenleistung kann die Bestellung einer Hypothek, einer Hypothek überhaupt oder einer erstklassigen

---

[1]) Vgl. O.L.G. Frankfurt 25. April 1900, Mugdan I S. 401.

[2]) Auf solche Weise kann ein scheinhaftes Element in das Darlehen kommen, indem der Entleiher Gegenversprechungen macht gegen Scheinleistungen, die ihm statt wirklicher Leistungen zukommen; wie sich hiergegen Julian und seine Schule wehrte, ist anderwärts darzulegen.

[3]) O.L.G. Dresden 7. Dezember 1901, Mugdan V S. 133.

Hypothek bedungen sein; hierüber gelten die Grundsätze der gegenseitigen Verträge (S. 236f.).[1])

4. Wie bei anderen Vereinbarungsgeschäften ist auch hier ein Erfüllungsvertrag möglich, nicht nur ein Aufrechnungsvertrag (S. 196, 339), sondern auch ein Vertrag, daß irgend eine andere Leistung der Wertleistungspflicht des Darleihers gleichkommen soll; wenn er etwa eine Forderung statt Geldes überträgt: so das Darlehen auf Girokonto, das Darlehen mit Übergabe von Banknoten statt Geldes usw.

5. Wenn der Darleiher das vereinbarte Geld anbietet und der Entleiher es nicht in Empfang nimmt, so treten die Folgen des Gläubigerverzuges ein; mithin müßte das Geld als gezahlt gelten, wenn etwa der Darleiher in die Hände der Räuber geriete und das Geld verlöre. In solchem Falle den Darleiher „aufsitzen" zu lassen, wie die gewöhnliche Lehre es tut, ist völlig unbillig, und auch das ist ein Beweis für die Richtigkeit unseres Standpunktes.[2])

V. Wie bei allen gegenseitigen Verträgen, bei denen der eine sofort, der andere erst auf Zeit zu leisten hat, gilt auch hier die Voraussetzung, daß der, welchem Vermögensvertrauen geschenkt wird, in der nämlichen Vermögenslage verbleibt, daß mindestens nicht eine schwere Verschlimmerung seiner Güterverhältnisse eintritt. Ermangelt diese Voraussetzung, so hat der andere Teil eine Einrede, und er kann die Sofortleistung verweigern: das ist in § 321 ausgesprochen; der § 610 aber enthält nichts anderes als eine Anwendung des Satzes mit anderen Worten. Und daß er sich des Ausdrucks „im Zweifel" bedient, bedeutet keine Änderung; denn damit ist nur gesagt, daß die Bestimmung nachgiebigen Rechtes ist, und das ist auch von § 321 ohne weiteres anzunehmen.

3. Verweisung.

§ 129.

Über das Darlehen kraft der Anweisung an den Schuldner zur Selbstzahlung (§ 607 Abs. 2) s. S. 182, 209 und S. 469, über die Kündigung (§ 609) S. 270, 272.

---

[1]) Vgl. R.G. 20. Juni 1903 Seuffert, 59 Nr. 180.

[2]) Über das Vereinbarungs-(Konsensual-)Darlehen vergleiche man meine gesammelten Abhandl. S. 44f. und Arch. f. b. Recht II S. 211ff.; hier auch (S. 223f.) gegen die schwächlichen Einwendungen Eiseles.

III. Dienstgeschäft.[1])

1. Allgemeines.

§ 130.

I. Das Dienstverhältnis ist eine Auslösung von Diensten gegen eine Vergütung, d. h. gegen eine gegenständliche Leistung, eine Auslösung, die sich aber wegen der Eigenart der Dienste, welche eine Reihe fortgesetzter Tätigkeiten darstellen, nicht auf einmal, sondern allmählich vollzieht; weshalb nicht ein bloßes Geschäft, sondern ein Verhältnis vorliegt, § 611.

II. Es beruht auf Dienstvertrag und kann rechtlich und tatsächlich sein. Aus dem rechtlichen wie aus dem tatsächlichen Verhältnisse gehen Rechtsfolgen hervor, die, soweit sie nicht bereits im allgemeinen Teil des Schuldrechts erörtert worden sind, hier zur Darstellung zu bringen sind.

III. Das Dienstverhältnis ist nach den obigen Grundsätzen über Rechtsverhältnisse zu behandeln (S. 259f, 274f.). Über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Dienste und über das etwaige Unvermögen des Dienstleistenden gelten darum nicht die Grundsätze des gegenseitigen Rechtsgeschäftes, sondern die Grundsätze des Rechtsverhältnisses. Darum gilt

1. die Befugnis der sofortigen Kündigung, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, § 626;

2. für die Haftung wegen Unmöglichkeit oder Unvermögen gelten die oben bezeichneten Grundsätze, im Falle der Unmöglichkeit besteht eine Haftung für das negative, im Falle des Unvermögens eine Haftung für das positive Interesse, S. 262f., 68f., 75f.);

3. Ebenso gelten die Grundsätze über das Rechtsverhältnis, was die weitere Entwicklung betrifft, wonach also die Vergütung nur nach Maßgabe der Dienstleistungen zu entrichten ist; doch besteht hierbei die Milderung des § 616, wonach eine unverschuldete Verhinderung während unerheblicher Zeit nicht in Betracht kommt.[2]) Es wird hier berück-

---

[1]) Aus der Literatur ist hervorzuheben Lotmar, der Arbeitsvertrag I (1902); vgl. auch Chatelain, Sur le contrat de travail in der Revue trimestral de droit civil III p. 313f.

[2]) Hierher gehört insbesondere das Unvermögen infolge von Erkrankung (wobei ärztliches Zeugnis verlangt werden kann) oder infolge einer staatlichen Pflicht (militärischen Übung, Zeugnispflicht). Auch die angemessene Zeit, um einen neuen Dienst zu suchen, § 629, ist hierher zu zählen. Erweist

sichtigt, daß der Mensch ein gebrechliches Bedürfniswesen ist und im Dienstvertrag den Unterhalt für gesunde und kranke Tage zu erwerben sucht, weshalb im Verkehr die Möglichkeit einer verhältnismäßig kurzen Unterbrechung der Arbeit bereits bei Bemessung der Vergütung berücksichtigt wird, sodaß der Dienstvertrag insofern eine Gefahr-Prämie enthält (negativ durch Abzug). Daher ist das, was eine gesetzliche Versicherung dem Dienstpflichtigen bietet, abzurechnen, denn sie gewährt ihm bereits die Unterstützung, die sonst vom Dienstberechtigten zu erwarten wäre, § 616; anders eine vertragsmäßige Versicherung, die dem Versicherten bestimmungsgemäß einen Zusatz zu bieten hat und darum nicht abzuziehen ist. Unhaltbar ist allerdings die Beschränkung des § 616, daß dies alles nur gelten soll bei unverschuldetem Unvermögen, so daß selbst ein mäßiges Verschulden den Dienstleistenden brotlos macht. Diese Beschränkung widerspricht völlig dem allgemein menschlichen Zweck der Bestimmung, und rührt noch aus der Vereinzelungslehre der alten Pandektenzeit her. Zu dem Gesagten treten die Bestimmungen des H.G.B. und der GewerbeO. ergänzend hinzu. Vgl. S. 275.

Die Bestimmungen über das Rechtsverhältnis gelten insbesondere auch in der Art: die einzelnen Dienstleistungen bilden ein Ganzes und stehen im Zweckzusammenhang, weshalb dem Dienstleistenden, wenn er die vorzeitige Kündigung ohne genügenden Grund ausspricht oder schuldhaft veranlaßt, ein Recht auf Vergütung insofern nicht erwächst, als hierdurch seine bisherigen (Teil)Dienste fruchtlos werden, § 628. Vgl. oben S. 274.

IV. Das Dienstverhältnis kann ein Verhältnis zu einer juristischen Person sein, wie zu einer leiblichen; die Bestimmungen sind die nämlichen. Wird aber jemand als Organ einer juristischen Person ernannt, so erlangt er das Organschaftsrecht (oben I S. 339) und ist insofern nicht Bediensteter; wohl aber gelten die Grundsätze des Dienstverhältnisses rechtsähnlich, soweit nicht aus der Eigenschaft als Organ etwas anderes hervorgeht; namentlich treffen die Bestimmungen der §§ 616, 618, 619 auch hier zu.

---

sich die Verhinderung sofort als endgültig, so kann der Dienstpflichtige natürlich nicht sagen, die Verhinderung sei zunächst zeitlich, dann dauernd: der Dienstberechtigte muß sich ja nunmehr sofort weiter helfen!

V. Die Organe der öffentlichen Körperschaften aber stehen zu diesen nicht in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis, sondern, als öffentliche Organe, in einer öffentlich-rechtlichen Beziehung, welche eine besondere Treupflicht, eine besonders schwere Verantwortung, aber auch besondere Berechtigungen nach sich zieht. Daraus folgt, daß der Beamtengehalt nicht als Dienstvergütung, sondern als eine unabhägig davon dem Beamten zustehende Rente erscheint; daher gilt für ihn der § 616 nicht — der Gehalt wird daher auch bei länger dauernder Unfähigkeit zu Diensten weiter geleistet, nach Maßgabe der Dienstvorschriften —,[1]) und auch der § 615 findet insofern keine Anwendung, als der Beamte sich gegebenenfalls nicht den sonstigen Verdienst abziehen lassen muß. Dagegen ist § 618 auch hier rechtsähnlich anzuwenden.[2])

VI. Wenn beim Dienstvertrag mitunter Leistungen vorkommen, welche den Werkleistungen ähnlich zu sein scheinen, so geht trotzdem nicht das eine in das andere über. Es ist z. B. etwas wesentlich anderes, wenn ich bei einem Stiefelwichser auf der Straße meine Stiefel putzen lasse (das ist ein Werkvertrag), als wenn es mein Dienstmädchen besorgt. In letzterem Fall ist die Leistung nur ein Teil der Gesamtleistung, die darin besteht, daß mir in der Haushaltung und im persönlichen Dienst gewisse Besorgungen gemacht werden; und fällt daher die Leistung mangelhaft aus, so ist hierbei nicht an eine Wandlung zu denken, sondern es muß nach dem Dienstverhältnis vorgegangen werden. Wenn beispielsweise das Dienstmädchen derartiges nicht kann, so ist es für das ursprüngliche Unvermögen haftbar, sofern solche Dienstleistung in den Bereich des Vertrages aufgenommen wurde; hat es die Leistung mangelhaft vollzogen, etwa wegen augenblicklicher Erkrankung oder wegen Dienstüberhäufung, dann ist die Sache nach diesen Rücksichten hin zu behandeln; kündige ich wegen schlechter Dienstleistung überhaupt, so ist das eine in das andere zu rechnen und danach zu entscheiden, ob ich

---

[1]) Vgl. Reichsbeamtengesetz § 14, R.G. 19. Oktober 1900, Seuffert 57, Nr. 75.

[2]) R.G. 6. November 1903 Recht VIII S. 17; 30. Mai 1904 J.W. XXXIII S. 383 (Küster beim Läuten verunglückt). Aus dem früheren Rechte R.G. 4. November 1886 Entsch. XVIII S. 178.

für die vergangene Zeit und ihre mangelhaften Dienste zur Anrechnung von Schadenersatz oder mindestens zu einem Abzug an der Vergütung befugt bin (S. 274). Hiernach ergibt sich die Grundverschiedenheit und die Unzulässigkeit, etwa das Dienstverhältnis in eine Reihe von Werkverträgen aufzulösen,[1]) worüber noch unten (S. 362f.) zu handeln ist.

Der Unterschied von Dienst und Werk zeigt sich auch darin: der Anspruch auf Dienste ist regelmäßig unübertragbar; übertragbar aber ist der Anspruch auf ein Werk, natürlich vorausgesetzt, daß durch Änderung der Persönlichkeit das Werk nicht ein anderes wird. Vgl. §§ 613, (664), 675. Vgl. S. 162.

VII. Von den Dienstverhältnissen werden besonders behandelt:

1. Dienstverhältnisse dauernder Art, d. h. solche, welche entweder rechtlich auf längere Frist angelegt sind oder, als auf unbestimmte Frist angelegt, längere Zeit dauern;[2]) sodann

2. die konsumierenden Dienstverhältnisse, d. h. solche, welche die Arbeitszeit ganz oder größtenteils in Anspruch nehmen;

3. Dienstleistungen mit häuslicher Gemeinschaft, d. h. in der Weise, daß dem Dienstpflichtigen in den Räumen des Dienstberechtigten der wesentliche Nahrungsunterhalt geleistet wird, in welchem Fall ein familienähnliches Verhältnis mit besonderen Pflichten eintritt, §§ 617, 618;

4. höhere Dienstleistungen, und insbesondere solche mit Vertrauensverhältnis.

Bei dauernden Dienstleistungen gelten besondere Pflichten, §§ 629, 630; bei dauernden konsumierenden Dienstleistungen

---

[1]) Ich muß daher die Auffassung von G. Rümelin, Dienst- und Werkvertrag (1905), wonach sich beide Verhältnisse nur durch die Gefahrtragung unterscheiden (namentlich S. 170f.) und wonach die unterscheidenden Bestimmungen des B.G.B. möglichst aufzulösen seien, so anregend auch seine Darstellung ist, ablehnen.

[2]) Hierüber treffend S. Schultzenstein, Arch. f. b. R. XXIII S. 287f.; Preuß. Ober-Verw.G. 27. November 1902 J.Z. VIII S. 275. Gegensatz dazu: vorübergehendes Verhältnis, vgl. KrankenVersich.Ges. § 1: „sofern nicht die Beschäftigung durch die Natur ihres Gegenstandes oder im voraus durch den Arbeitsvertrag auf einen Zeitraum von weniger als eine Woche beschränkt ist“; Preuß. O.V.G. 21. Oktober 1901 Entsch. O.V.G. 40 S. 332.

mit häuslicher Gemeinschaft ist der Dienstberechtigte zur Pflege bei Erkrankung verpflichtet, § 617; dauernde konsumierende Dienstleistungen höherer Art haben eine besondere Stellung bei der Kündigung,[1]) § 622; Verträge über Vertrauensdienstleistungen, wenn nicht auf feste Dauer, sind ohne Frist kündbar,[2]) § 627.

2. Elemente des Rechtsverhältnisses.

a) Dienste.

§ 131.

I. Die Dienstleistungen können mehr oder minder in die Willkür des Dienstberechtigten gestellt sein. Dann kann man ihn als Dienstherrn bezeichnen. Finden solche Dienstleistungen in der Art statt, daß die Arbeiter einen ganzen Organismus bilden, der bestimmten Regeln folgen muß, so gibt die Rechtsordnung dem Dienstherrn sogar die Befugnis, einseitige Normen aufzustellen, wonach die Arbeit sich vollziehen soll, unter besonderer Feststellung der dienstlichen Verpflichtungen. Dies ist die Arbeitsordnung, die jedoch nicht hierher, sondern in das Gewerberecht gehört. Hier ist nur zu bemerken, daß solche Arbeitsordnungen durchaus nicht auf einer standesgemäßen Bevorzugung beruhen, daß sie aber auch nicht als stillschweigende Ergänzung der Dienstverträge zu betrachten sind, sondern sich einfach darauf stützen, daß die Arbeiter sich einem solchen einer Regelung bedürftigen Arbeitsverhältnis unterworfen haben.[3])

II. Ob der Dienstleistende den Anweisungen des Arbeitgebers unbedingt Folge zu geben hat, hängt davon ab, ob der Arbeitgeber ihm als ein größerer Sachkundiger gegenübertritt,

---

[1]) Dahin gehört der Dienst eines Gutsverwalters, O.L.G. Marienwerder 8. April 1902, Seuffert 57 Nr. 190; aber auch einen Maßzuschneider hat man mit Rücksicht auf seine größere technische Ausbildung hierher gezählt, O.L.G. Marienwerder 6. Mai 1902, Mugdan VI S. 240, was nicht angeht; es müßte sich denn um künstlerische Leistungen handeln.

[2]) So Verträge mit Arzt, Hebamme, Rechtsanwalt, Kommissionär. Bezüglich der Handlungsagenten gilt § 92 H.G.B.

[3]) Enzyklopädie I S. 640f. Das dort Ausgeführte ist schon in der seltsamsten Weise mißverstanden worden. Die Arbeiter unterwerfen sich der Ordnung ebenso, wie jeder, der ins Theater geht, sich gewissen Vorschriften über Kleideraufbewahrung usw. fügt und fügen muß.

im Gegensatz zu dem Fall, wo die Sachkunde zwischen beiden geteilt oder mehr auf seiten des Dienstleistenden ist. In diesem Fall kann er sich auf die Anweisung des Dienstherrn nicht unbedingt berufen, sofern es dem Geist des Verhältnisses entspricht, daß er kraft seiner eigenen Sachkenntnis die Tätigkeitsbedingnisse prüfen und sich selbständig entscheiden soll.

III. Dienstleistungen können auch Dienstleistungen gefährlicher Art sein, wenn nur die Gefahren nicht so dringend sind, daß sich das Ganze zum Selbstmord gestaltet, und wenn nur das Tun vernünftigen Interessen dient, die der Gefahr wert sind. Außerdem muß man dem Dienstleistenden ein stetes Rücktrittsrecht geben; denn ein Grund des Rücktritts kann immer der sein, daß er bezüglich des Schutzes seines Lebens eine andere Lebensauffassung gewinnt, oder daß die Verhältnisse sich so geändert haben, daß er Grund hat, sein Leben mehr zu schonen, als es bisher der Fall war: dies ist stets ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 B.G.B.

IV. Dienstleistungen, welche den Charakter der Geschäftsbesorgung tragen, unterliegen noch besonders den Grundsätzen dieser (S. 116f.). Vgl. auch noch § 23 K.O. und S. 370, 393, sowie §§ 669, 675 und S. 391 wegen des Vorschusses.

V. Dienstleistungen können auch höheren und höchsten Ranges sein, insbesondere können sie von solchen ausgehen, die kein Gewerbe, sondern einen Beruf ausüben, d. h. eine regelmäßige Tätigkeit, die sich grundsätzlich andere Ziele setzt, als den Gelderwerb, § 611. Ein Beamter aber steht niemals im Dienstverhältnis zu dem Publikum: das widerspräche seiner Amtsstellung; so insbesondere auch nicht der Gerichtsvollzieher.[1]) Anders verhält es sich mit dem Rechtsanwalt und dem Notar, soweit er in beurkundender, nicht, wie in Bayern, in vollstreckender Weise tätig ist.[2])

VI. Daß Dienstleistungen (laut nachgiebigen Rechts) höchst persönlich sind, wie von Gläubiger-, so von Schuldnerseite, ergibt sich aus dem früheren (S. 162, 344, 19, 45, 188), § 613. Über Zeit und Kündigung vgl. oben S. 269f.; über *relocatio tacita* S. 275f.

---

[1]) Das Gegenteil haben die Vereinigten Senate des R.G. 10. Juni 1886 Entsch. XVI S. 396 in schwerem Irrtum angenommen.

[2]) Vgl. Kolmar 12. Juli 1904 Z. franz. Z.R. XXXV S. 604.

b) Vergütung.

§ 132.

I. Die Vergütung im Dienstverhältnis ist Gegenstandsleistung. Besteht sie wieder in Diensten, dann verliert sie den Charakter der Vergütung, und es liegt nicht ein Dienstverhältnis, sondern ein Verhältnis ähnlicher Art vor. Die Vergütung kann sich nach der Zeit bestimmen (§ 614) oder als Stücklohn, ohne daß dadurch der Dienstvertrag zum Werkvertrag wird, sofern nämlich der Stücklohn nicht als Entgelt für die Einzelergebnisse, sondern als Vergütung für die Dienste betrachtet wird, die sich von Zeit zu Zeit in mehr oder minder vollkommenen Ergebnissen darstellen. Im Fall des Stücklohnes gilt der § 616 nicht, und es treten auch bezüglich der Kündigung besondere Grundsätze ein, § 623: die Kündigung kann hier jederzeit sofort geschehen, bei konsumierenden Dienstleistungen mit einer Frist von zwei Wochen.

Auch eine Beteiligung am Gewinn ist möglich und macht das Dienstverhältnis nicht zu einem Gesellschaftsverhältnis, denn es befugt den Dienstleistenden nicht, in die Geschäftsleitung irgendwie einzugreifen oder auch nur eine Aufsicht zu üben oder Entschädigung für schlechte Geschäftsführung zu verlangen.[1]) Vgl. S. 395.

II. Die Vergütung ist (kraft nachgiebigen Rechts) die taxmäßige, wenn Taxen bestimmt sind, sonst die übliche, § 612. Sie kann auch ganz oder teilweise nach dem Umsatze oder Geschäftsverdienst berechnet werden; sie kann auch in der Überlassung von Trinkgeldern bestehen.

III. Besondere Bestimmungen können durch das Gewerberecht gegeben sein; so das Verbot des Truck-Systems, wonach bestimmten Gewerbegehilfen der Lohn in Geld und zwar in deutscher Reichswährung ausgezahlt werden muß usw. Doch dies gehört nicht dem B.G.B. an.

IV. Die Vergütung ist (kraft nachgiebigen Rechts) nach Leistung der Dienste, oder, wenn sie nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach Ablauf der entsprechenden Zeitabschnitte zu entrichten, § 614. Besteht sie in „Tantiemen“ so kann nach Ablauf des entsprechenden Zeitabschnitts eine Aufstellung des Geschäftsergebnisses verlangt werden.

---

[1]) O.L.G. Hamburg 21. Februar 1902, Mugdan IV S. 242.

c) Dienstannahme (Gläubigerverzug).

§ 133.

I. Der Dienstberechtigte ist im Fall des Gläubigerverzuges verpflichtet, die Vergütung zu leisten, ebenso wie wenn die Leistung gemacht worden wäre, und dabei muß noch berücksichtigt werden, daß bei den Dienstleistungen die Zeit eine gesteigerte Bedeutung hat; denn die Dienste von heute sind etwas anderes als die Dienste von gestern: sie füllen einen wesentlich anderen Kreis der Persönlichkeitstätigkeit aus: für den Dienstleistenden hat jeder Tag seine besonderen Dienste und seinen besonderen Verdienst. Daraus geht hervor, daß im Falle des Gläubigerverzuges der Dienstberechtigte nicht befugt ist, die Nachleistung des Dienstes zu verlangen, daß vielmehr die Dienste als geleistet zu betrachten sind. Allerdings muß dies unter gewissem Vorbehalten verstanden, es darf nicht verständnislos übertrieben werden,[1]) § 615.

II. Mehr braucht der Dienstberechtigte nicht zu leisten: im Gläubigerverzug liegt kein Unrecht. Man denke sich nur den Fall, daß jemand einen Arbeiter angenommen hat, der sich sofort als gefährlich erweist und ihm mit Rücksicht auf § 831 recht große Schwierigkeiten bereiten würde: es versteht sich von selber, daß er unter allen Umständen berechtigt ist, die Dienste des Arbeiters abzulehnen und sich dadurch von jeder Haftung in diesem Sinne zu befreien.

III. Von dem Satze, daß der Dienstberechtigte die Arbeit des Dienstpflichtigen nicht anzunehmen brauche, sofern er ihm nur die Gegenleistung gewährt, kann es Ausnahmen geben, wenn der Vertrag dahin zielt, nicht nur, daß die Arbeit angenommen, sondern daß dem Dienstleistenden Gelegenheit geboten werde, sich durch die Arbeitsentwicklung selbst Vorteile zu verschaffen. Das gilt insbesondere im Theaterrecht. Es wäre den Grundsätzen des Theaterwesens widersprechend, wenn die Theaterverwaltung befugt wäre, einen angenommenen Schauspieler nicht auftreten zu lassen; das Nähere darüber gehört dem Sondergebiete an.[2])

---

[1]) Vgl. O.L.G. Posen 18. Febr. 1908, Mugdan IX S. 49.

[2]) Enzyklopädie I S. 682. Jetzt auch Marwitz, Bühnenengagementsvertrag S. 95f., der für Deutschland ein solches Recht des Schauspielers als Regel verneint — zu Unrecht.

IV. Schon anderwärts (Zwölf Studien, S. 213f.) habe ich dargelegt, daß Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung sich nicht ausschließen, und daß in diesem Falle eine Gegenleistung nur zu entrichten ist nach Maßgabe des vor der Unmöglichkeit Geleisteten und, falls überhaupt nicht geleistet werden konnte, nach Maßgabe der Billigkeit und der Umstände; so z. B., wenn eine Amme gedungen ist und das Kind stirbt, wenn ein Hauslehrer eintreten soll und das Kind wahnsinnig wird, wenn Schauspieler für ein bestimmtes Theater angenommen sind und das Theater abbrennt. In diesem Falle wird man, auch wenn noch gar nicht geleistet ist, nicht etwa die Person ohne Vergütung lassen: hiergegen spräche die Ähnlichkeit des § 616; denn da ein Arbeiter selbst dann, wenn er durch eigene persönliche Hemmnisse verhindert ist, eine Zeit lang auf die Vergütung Anspruch hat, so noch mehr in derartigen Fällen. Man wird ihm also eine angemessene Vergütung gewähren müssen; im übrigen ist das Verhältnis gelöst, und von einem Anspruch auf die volle Vergütung kann keine Rede sein. Vgl. unten S. 372.

Anders verhält es sich, wenn die Veranstaltung vorhanden bleibt und nur der Endzweck der Tätigkeit unerreichbar ist, z. B., wenn das Theater keine Zugkraft hat, die Zeitung keine Abnehmer findet, und wenn infolgedessen nicht mehr weiter gespielt wird oder die Zeitung eingeht. In diesem Falle liegt natürlich keine Leistungsmöglichkeit vor: es ist einfacher Gläubigerverzug gegeben.[1])

V. Im übrigen ist auf das obige S. 203, 266, 30, 197 zu verweisen.

3. Entwicklung des tatsächlichen Verhältnisses.

§ 134.

I. Rechtsverhältnisse ziehen nicht nur durch ihr rechtliches, sondern auch schon durch ihr tatsächliches Bestehen Folgen nach sich (S. 261); so namentlich hier: ja, diese Folgen sind in dem Maße Folgen des tatsächlichen Bestehens, daß sie nicht bei bloß juristischer Geltung eintreten, sondern nur, wenn es tatsächlich zur Leistung von Diensten kommt.

---

[1]) Vgl. auch R.G. 14. November 1902 J.W. XXXII Beil. Nr. 26.

II. Daher gilt folgendes:

1. in gewissen Fällen findet eine Minderung der Persönlichkeitsrechte statt;[1])

2. mit dem Dienstverhältnis kann von selbst eine „Personifikation" verbunden sein, die zu einem Stellvertretungsverhältnis führt: dies in niederen wie in höheren Kreisen; so ist der Fabrikarbeiter, sofern er Verarbeitungen (Spezifikationen) vornimmt, Vertreter des Fabrikherrn, ebenso aber auch der Chemiker, der im Gebiete der Fabrikationstechnik Erfindungen macht; nicht aber der Staatsbeamte, der als Lehrer an einer Anstalt tätig ist und dabei zum Erfinder wird;[2])

3. der Dienstleistende kann in die Hausgemeinschaft eintreten und hat dann die Stellung des Hausgenossen; daher gebührt ihm nach Umständen die Wahrung des Hausrechts gegen Dritte, — nicht auch gegenüber dem Dienstberechtigten, außer soweit dies zur Verteidigung von Schicklichkeit und Anstand erforderlich ist.[3])

Die Bestimmung zu 2 ist nachgiebigen Rechtes.

III. Weitere Folgen dieser Art. sind:

1. von seiten des Dienstpflichtigen die Treupflicht;

2. von seiten des Dienstberechtigten:

a) die Krankenverpflegungspflicht; diese gilt nur, wenn auf Grund des Dienstverhältnisses tatsächlich eine Hausgemeinschaft eingetreten ist, sie gilt aber in diesem Fall ohne Rücksicht auf das rechtliche Bestehen des Verhältnisses;

b) die Pflicht des Dienstzeugnisses, auch diese ohne Rücksicht auf die rechtliche Gültigkeit, dagegen nur im Fall des tatsächlich in Kraft getretenen Verhältnisses. Beide Pflichten gelten nicht bei allen, aber bei gewissen Arten des Dienstwesens;

c) die Pflicht zur Sorge für gesunde menschenwürdige Diensteinrichtungen; auch diese gilt, sobald die Dienste ange-

---

[1]) Hierher gehört z. B. die Bestimmung der Preuß. Gesindeordnung, § 77, daß der Dienstbote, der die Herrschaft gereizt hat, wegen der Scheltworte keine gerichtliche Genugtuung fordern kann.

[2]) Handb. des Patentrechts S. 324; vgl. auch O.L.G. Hamm 26. März 1903, Mugdan VII S. 382, O.L.G. Hamburg 22. April 1902 ib. VII S. 2.

[3]) R.G. (I. Straf.-Sen.) 23. Februar 1903 Goltd. Kohler Arch. 50 S. 140. Nur insofern hat er die Befugnis, seine Türe vor ihm zu verschließen, usw.

nommen werden, ohne Rücksicht auf das rechtliche Bestehen und die Rechtsgültigkeit.

Die Pflichten 1 und 2 (a—c) sind zwingenden Rechts, vgl. § 619.

IV. Von diesen Pflichten gilt Folgendes:

1. Eine Treupflicht, d. h. eine Pflicht, auch außerhalb der Diensttätigkeit sich dem Dienstberechtigten, wenn nicht behilflich, so doch nicht feindselig zu beweisen, kann in größerem oder geringerem Maße vorkommen, je nach Art des Dienstverhältnisses, und sie besteht insoweit, als dem Dienstverhältnis notwendig ein Vertrauen innewohnt, dessen Verletzung dem Wesen des Dienstes widerspräche.[1]) So bestehen vielfach Geschäftsgeheimnisse, seien es Geheimnisse des Betriebes oder Geheimnisse des Verkehrs: hier ist der Dienstleistende zur Wahrung des Geheimnisses verpflichtet, jedenfalls während des Dienstverhältnisses, aber auch nachträglich, wenn sie ihm in der Art anvertraut worden sind, daß sie dem Publikum dauernd entzogen sein sollen.[2]) Aus dem Treuverhältnis kann auch die Verpflichtung hervorgehen, eine innerhalb des Geschäftsverhältnisses gemachte Erfindung dem Dienstherrn anzubieten; vorausgesetzt, daß die Erfindung nicht schon von selbst dem Geschäftsherrn zukommt (oben S. 350).

2. Die Krankenpflegepflicht ist die Pflicht zu unmittelbarer oder mittelbarer (durch eine Anstalt vermittelter) Abwartung und ärztlicher Behandlung mit Leistung der nötigen Heilmittel im Fall einer Krankheit, d. h. eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes, welcher der Einwirkung bedarf, damit er geheilt oder Verschlimmerung und schlimme Folgerungen verhütet werden; gleichgültig, ob die Krankheit bereits bestand oder erst nachträglich eintritt;[3]) die Pflicht gilt allerdings nur während des Dienstverhältnisses, jedoch so, daß sie nicht

---

[1]) Eine Treupflicht bestimmt beispielsweise die Preußische Gesindeordnung in § 70, in der Art, daß der Dienstbote auch außerhalb des Dienstes schuldig sei, der Herrschaft Bestes zu befördern und Schaden und Nachteile abzuwenden; was insbesondere bei Geheimnisverrat und geschwätzigen Anfeindungen in Betracht kommen kann.

[2]) Gesetz über unlauteren Wettbewerb §§ 9 und 10. Das nähere gehört in das Gewerberecht.

[3]) O.L.G. Frankfurt 9. November 1903, Mugdan IX S. 289.

durch fristlose Kündigung (§ 626) wirkungslos gemacht werden darf. Allerdings tritt die Verpflichtung der Krankenpflege

a) nur aushilflich ein, sofern nicht durch öffentliche Kranken- oder Unfallversicherung oder durch privates Versicherungsverhältnis für den Dienstpflichtigen in vollständiger Weise gesorgt ist;[1])

b) sie gilt nur in der Weise, daß der für die Tage der Krankheit aus dem Dienstverhältnis geschuldete Verdienst abgeht;

c) sie gilt nur, wenn die Krankheit nicht durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Dienstpflichtigen herbeigeführt worden ist, § 617;

d) sie gilt in dauernden Dienstverhältnissen konsumierender Art bei Übernahme in die häusliche Gemeinschaft (§ 617) und ist eine Folge des dadurch geschaffenen familienähnlichen Verhältnisses.[2])

Im Gesindewesen ist die Verpflichtung vielfach landesgesetzlich erhöht (A. 95), denn sie kann landesgesetzlich gesteigert (nicht vermindert) werden; so nach der Preuß. Gesinde-O.: hiernach gilt, sofern man die reichsgesetzlichen und landesgesetzlichen Bestimmungen verbindet, Folgendes:

α) wenn die Krankheit durch oder bei Gelegenheit des Dienstes eingetreten ist, darf kein Abzug gemacht werden, § 87;

β) die Verpflegungspflicht gilt während des Dienstverhältnisses auch über 6 Wochen hinaus, § 86;

γ) ist die reichsgesetzliche Verpflegungspflicht wegen Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen, so besteht mindestens eine vorschüßliche Pflicht der Verpflegung, §§ 88, 89.

3. Der Dienstherr hat bei dauernden Dienstverhältnissen ein Zeugnis über das abgelaufene Dienstverhältnis, seine Art und Dauer auszustellen, § 630 B.G.B., (vgl. § 73 H.G.B., § 113 Gew.O).

---

[1]) Was nicht der Fall ist, wenn die Versorgung nur eine allenfallsige ist, so daß die Pflicht des Arbeitgebers in erster Reihe steht, wie im landwirtsch. UnfallVersicherungsGes. § 27; OberVerwaltungsG. 27. November 1902 J.Z. VIII S. 275 und 21. Oktober 1902 Entsch. des O.V.G. 42 S. 314.

[2]) Vgl. darüber S. Schultzenstein, Arch. f. b. R. XXIII S. 219f.; Geschichtliches bei Hedemann, Fürsorge des Gutsherrn für sein Gesinde (in der Festgabe für Dahn) 1905.

Eine Begutachtung über Leistung und Führung, d. h. über das Wertverhältnis der Dienste und das dabei entwickelte persönliche Wesen ist nur auf Verlangen zu geben, d. h. es besteht hierzu eine Verpflichtungsmöglichkeit, die Verpflichtung erst auf Begehren. Dabei hat der Dienstleistende die Befugnis, bloß ein Zeugnis erster Art zu verlangen, und dieser Befugnis wird nicht dadurch entsprochen, daß der Dienstherr ohne Zustimmung des Dienstleistenden eine Begutachtung in das Zeugnis aufnimmt. Auch ist auf Verlangen die Begutachtung nur über Leistung oder nur über Führung zu geben. Die Begutachtung kann auf besondere Tatsachen, namentlich diejenigen, welche zur Kündigung Anlaß geben, Bezug nehmen.[1])

Das Gutachten ist Sache des billigen Ermessens; im Fall der Unbilligkeit kann eine Berichtigung verlangt werden und nötigenfalls eine gerichtliche Feststellung stattfinden.[2])

Zeugnis und Begutachtung kann nur bei Beendigung oder so kurze Zeit nach Beendigung verlangt werden, daß der frische Eindruck besteht, wobei noch das S. 267 Gesagte zu berücksichtigen ist.

4. Der Dienstberechtigte ist, soweit er die Dienste annimmt, verpflichtet, bezüglich der Diensträume und Dienstvorrichtungen die nötigen Veranstaltungen zu treffen, daß die Dienste geleistet werden können ohne Gefahr und gesundheitliche Schädigung, auch ohne Verletzung des in solchen dienstlichen Lebensverhältnissen erforderlichen geschlechtlichen Anstandes. Außerhalb der Diensträume, insbesondere was die allgemeinen Verkehrswege betrifft, hat er nicht zu haften, außer in der Richtung, daß er den Dienstleistenden die etwa erforderlichen Anweisungen gibt und ihnen die zu stellenden Vorrichtungen (Wagen, Fahrrad usw.) in tauglichem Zustande überläßt.[3]) Zu den Diensträumen aber gehören nicht nur die Arbeitsräume, sondern auch die vom Arbeitgeber zu gewährenden Privaträume, die der Dienstpflichtige betreten muß, um von

---

[1]) O.L.G. Dresden 22. Januar 1902, Mugdan V S. 273.

[2]) Natürlich ist die Unbilligkeit darzutun, vgl. O.L.G. Hamburg 3. Juni 1902, Mugdan V S. 269. Im Gesinderecht ist dies vielfach der Polizei überlassen, vgl. Preuß. GesindeO. § 171—173.

[3]) R.G. 12. Mai 1902, Gruchot 46, S. 928, O.L.G. Stettin 18. März 1902, Mugdan VI S. 80.

oder zu der Arbeitsstätte zu gelangen.[1]) Darüber gibt § 618 des B.G.B. allgemeine Vorschriften, welche für gewerbliche Dienste in der Gewerbeordnung noch näher ausgeführt sind. Natürlich ist die Haftung besonders stark bei gefährlichen Betrieben, namentlich bei Theatern mit ihren vielen Gefahren;[2]) vor allem muß hier für schwierige Ereignisse (Brände usw.) Fürsorge getroffen und das Entkommen möglichst gesichert werden, § 618.[3])

Der Grundsatz erweitert sich dann, wenn die Dienstleistung eine häusliche Gemeinschaft herbeiführt, in welchem Falle die Annahme der Dienste zu gleicher Zeit eine Herstellung solcher Einrichtungen und eine solche Art des Verhaltens erheischt, daß dem Dienstleistenden im häuslichen Leben eine der Gesundheit, dem geschlechtlichen Anstand und den sonstigen gesellschaftlichen Ansprüchen der Person gemäße Unterkunft zuteil wird, § 618.

5. In allen Fällen gelten die Grundsätze des Schadensersatzes, soweit sie Vermögensschaden betreffen (§ 847 fällt aus), namentlich auch der Grundsatz des zweiseitigen Verschuldens, § 254 (S. 137).[4])

---

[1]) Vgl. die erwähnte Entscheidung R.G. 12. Mai 1902.

[2]) Vgl. O.L.G. Celle 7. Oktober 1902, Mugdan VI S. 81.

[3]) R.G. 9. März 1903 J.W. XXXIII Beil. No. 133.

[4]) R.G. 11. April 1904 J.W. XXXIII S. 290, O.L.G. Naumburg 18. März 1902, Seuffert 57 Nr. 171, O.L.G. Celle 7. Oktober 1902, Mugdan VI, S. 81.

C. Werkvertrag (Besteller, Unternehmer).

I. Allgemeines.

§ 135.

I. Werkvertrag ist ein Vertrag, bei welchem ein Werk gegen eine Vergütung versprochen wird. Der Werkleistende heißt Unternehmer, der andere Besteller, § 631.

II. Da beim Werkvertrag die Arbeit nur als Vorbereitungshandlung erscheint und das Ergebnis das allein maßgebende ist, so versteht sich von selbst, daß nur für das Ergebnis, nicht auch für die Vorbereitungshandlungen eine Vergütung entrichtet wird. Die Vergütung steht dem Ergebnis, nicht der Vorbereitungshandlung gegenüber; dadurch unterscheidet sich der Werkvertrag wesentlich vom Dienstvertrag. Hieraus ergibt sich von selber der Grundsatz (§ 644), daß der Unternehmer die Gefahr trägt bis zur Abnahme oder bis zum „Abnahmeverzug", der dann zu gleicher Zeit natürlich auch ein Gläubigerverzug ist; hierbei kommt, wenn es sich um Versendung handelt, das Versendungsprinzip in gleicher Weise zur Anwendung, wie beim Kauf, § 644. Alle diese Grundsätze müssen jedoch in Verbindung gesetzt werden mit dem S. 196f. angeführten Satze, wonach möglicherweise schon bei den Vorbereitungshandlungen der Besteller mitzuwirken hat und wegen mangelnder Mitwirkung in Gläubigerverzug gelangen kann, sowie mit dem S. 266f. ausgeführten Satze, daß der Gläubigerverzug auch bei Rechtsverhältnissen, nicht bloß bei gegenseitigen Rechtsgeschäften in Betracht kommt, in der Art, daß, wenn infolge dieses Gläubigerverzuges die Tätigkeit nicht erfolgen kann, die Gegenleistung so geschuldet wird, wie wenn die Tätigkeit geleistet worden wäre.

III. Das Ergebnis kann ein Schlußergebnis sein, welches durch eine Reihe von Zwischenergebnissen hindurchgeht. Die

Zwischenergebnisse können in der Art mit zum Gegenstand des Vertrages werden, daß jeweils der Erreichung eines Zwischenergebnisses ein Teil der Vergütung entspricht, vorausgesetzt daß das Zwischenergebnis, wenn auch nur als Ausgangspunkt der Weiterentwicklung, eine selbständige Bedeutung hat, wie z. B. beim Beförderungsvertrag das Gelangen der Waren an einen Zwischenort: dem entspricht die s. g. Distanzfracht. Vgl. S. 374.

IV. Ein Werkvertrag kann auch mit mehreren in der Art abgeschlossen werden, daß diese mehreren an dem Werke zusammenwirken sollen. Hier kann eine Mehrheit von Werkverträgen vorliegen, sofern die Tätigkeiten von einander unabhängig sind und der Besteller, wenn etwa der eine versagt, sich selbst den Ersatz zu schaffen hat. Es ist aber auch möglich, daß der Vertrag so gedacht ist, daß alle zusammen entweder die Leistung machen oder nichts, sodaß nicht die Leistung eines jeden einzelnen, sondern die Gesamtleistung aller das Werk darstellt: wenn daher einer versagt, sodaß das Gesamtwerk nicht zustande kommt, so ist es ebenso, wie wenn das Ganze nur von einem einzelnen übernommen worden wäre: das Werk ist nicht vollendet und die Gegenleistung nicht verdient. Hier hat also das Werk einen unteilbaren Charakter; vgl. oben S. 44, 148, 151.

V. Ein Werkvertrag mit der Besonderheit, daß nicht, wie gewöhnlich, Antrag und Annahme zwischen zwei bestimmten Personen spielen, daß vielmehr ein Antrag an die Volksgesamtheit stattfindet, und sodann eine Annahme von jemandem aus dem Volke, — und zwar so daß die Annahme durch Vollziehung des Werkes geschieht, heißt Auslobung, § 657.[1])

Die Auslobung kann sich auf einen unbestimmten oder einen bestimmten Kreis von Personen beziehen; in letzterem

[1]) Vgl. darüber auch Bolchini, promessa al pubblico in Rivista di diritto commerc. I p. 38f. und hierzu die interessanten rechtsvergleichenden Bemerkungen von Neubecker in Z. f. HandelsR. 56 S. 587f. Die Auflösung der bisher unverstandenen Kategorie der Auslobung in die zwei Kategorien des Werkvertrags und des gestreckten Vertragsabschlusses habe ich im Arch. f. b. R. XXV S. 1 vollzogen. Ein gestreckter Vertragsabschluß ist übrigens auch bei anderen Verträgen möglich; allein dann gelten die Auslobungsgrundsätze höchstens nach Rechtsähnlichkeit. Unzutreffend Robert von Mayr, Auslobung S. 125.

Fall ist nur, wer diesem Kreise angehört, befugt, durch Vollziehung der Leistung den Vertragsantrag anzunehmen und dadurch den Vertrag auf sich zu beziehen.

VI. Die Annahme des in der Auslobung liegenden Vertragsantrags kann nur durch Leistung geschehen; sie geschieht durch Leistung auch ohne Kenntnis des Antrags. Ist einmal angenommen,[1]) so ist der Vertrag abgeschlossen.

VII. Daß die Auslobung ein Werkvertrag ist, hat wichtige Folgerungen:

1. Eine Auslobung liegt nicht darin, daß jemand dritten etwas verspricht, falls irgend ein Ereignis eintritt: es muß sich vielmehr um eine Leistung des Dritten handeln.

2. Die Haftungsverhältnisse sind dieselben wie beim Werkvertrag. Wenn daher die Leistung eine mangelhafte ist, so können in gleicher Weise, wie beim sonstigen Werkvertrag, Verbesserungen verlangt werden, allenfalls kann Wandelung und Preisminderung eintreten, und ebenso gilt die Verjährung des § 638 auch hier.

3. Mehrere Auslober haften als Gesamtschuldner, § 427.

4. Die näheren Bestimmungen der Auslobung sind in das Belieben der Parteien gestellt, ebenso wie beim sonstigen Werkvertrag. Die Bestimmung geschieht durch Erklärung des Auslobenden und durch die in der Leistung liegende Annahme. Insbesondere kann auch ausgesprochen werden, daß im Falle der Beteiligung mehrerer die Vergütung nicht nach § 660, sondern nach anderen Grundsätzen verteilt werden soll. Es kann auch eine Bedingung oder Befristung stattfinden; so kann jemand eine Belohnung oder einen Preis aussetzen, unter der Bedingung, daß er eine Erbschaft macht, oder daß ihm das deutsche Staatsbürgerrecht gewährt wird. Das ist hier, wie bei jedem Vertrag unverfänglich, denn es steht dem anderen Teil frei, darauf einzugehen oder nicht.

---

[1]) So Bartolus zur lex omnes populi entschied sehr fein, daß, wenn auf das Einfangen des bannitus eine Belohnung gesetzt ist, derjenige, der den bannitus fängt, zwar wissen muß, daß er ein bannitus ist (sonst hat die Leistung eine andere Wesenheit), aber nicht zu wissen braucht, daß eine Belohnung ausgeschrieben ist.

5. Der durch Auslobung entstandene Werkvertrag ist ein Vertrag und wie jeder andere Vertrag anfechtbar, namentlich wegen Zwangs und Betrugs. Auch gelten die Grundsätze vom geheimen Vorbehalt und vom Scheingeschäft. Hier kommt namentlich der Fall in Betracht, daß jemand scherzweise eine solche Auslobung macht, während andere es ernstlich aufnehmen: in solchem Fall sind die gewöhnlichen Bestimmungen maßgebend. Dasselbe gilt auch dann, wenn durch einen Irrtum des Druckers die Auslobungserklärung falsch kund gegeben ist. Hier wäre an sich § 120 entscheidend, es gilt aber außerdem das später S. 437f. Entwickelte.

6. Der Auslobungsvertrag ist erst abgeschlossen mit dem Augenblick, wo das in der Auslobung bezeichnete Werk vollendet ist, § 658. Dies ist ein Mangel des Gesetzes: auch schon bei Beginn des Werkes sollte eine Gebundenheit des Auslobenden in der Art stattfinden, daß er mindestens eine teilweise Vergütung zu leisten hätte, ebenso wie der Besteller, wenn er nachträglich den Werkvertrag kündigt. In dieser Beziehung sind andere, z. B. orientalische Rechte, feiner gewesen und haben bereits ein solches Mißverhältnis beseitigt.[1]) Die Redaktoren waren auch hier nicht auf der Höhe.

7. Dasselbe Werk kann durch mehrere selbständig hervorgebracht werden, beispielsweise die Lösung eines Rätsels, die Nachweisung eines Druckfehlers, die Auffindung der Stelle eines Schriftwerks; hier gilt derjenige als der richtige Annehmende, welcher die Leistung zuerst vorgenommen hat. Allerdings kann eine Auslobung auch in dem Sinne gedacht sein, daß etwa ein jeder Löser des Rätsels die ausgebotene Gegenleistung bekommt, z. B. einen Stich, die Freinummer eines Blattes usw.: in diesem Fall liegt nicht ein Vertragsantrag mit einer Annahme, sondern eine Vielheit von Vertragsanträgen mit einer Vielheit von Annahmen vor. Dies ist allerdings nicht die Regel.

Im übrigen entscheidet auch hier wieder das alogische Element der Zeit; denn durch die erste Leistung kommt der Vertrag zustande, und für einen Vertrag mit einem weiteren Unternehmer ist dann kein Raum mehr. Findet die Leistung mehrerer

---

[1]) Zeitschr. vgl. Rechtsw. XVII S. 210.

gleichzeitig statt, dann werden sämtliche als Annehmende betrachtet, und der Werkvertrag ist mit mehreren abgeschlossen, in der Art, daß ihnen zusammen die Gegenleistung geschuldet wird; ihre Gläubigerschaft ist keine Gesamtgläubigerschaft, da hierfür kein Grund vorliegt, sondern jeder hat eine Gläubigerschaft auf einen Teil, jedoch mit doppelter Möglichkeit,

a) der Anwachsung bei Wegfall eines Berechtigten;

b) mit Losungsrecht, wenn eine sachgemäße Teilung nicht erfolgen kann, z. B. wenn der Löser einer Aufgabe eine Freistelle in einer Anstalt oder einen Zuschuß für eine Reise bekommen soll, § 659.

Es wird also, wenn keine andere Lösung möglich ist, der Zufall angerufen: der Zufall äußert sich durch das Los. Die Rechtfertigung für eine derartige Einrichtung liegt nicht darin, daß man, wie in früheren Zeiten, glaubt, die Schicksalsmächte entschieden den einzelnen Fall mit übermenschlicher Weisheit, sondern darin, daß man keinen anderen Ausweg kennt, um aus einer Ungewißheit herauszukommen. Insofern hat immerhin die Herbeirufung des Zufalls eine segensreiche Bedeutung, indem sie dem Zwiespalt ein Ende macht; denn „das Los stillt den Hader". Wie das Los gezogen wird, ist nicht bestimmt; auch eine Privatlosziehung ist möglich. So § 659.

8. Wie sonst der Werkvertrag mit mehreren in der Art abgeschlossen werden kann, daß das Werk aus der Zusammenarbeit dieser mehreren hervorgeht, so kann auch die Auslobung in der Art von mehreren angenommen werden, daß diese durch ihr Zusammenwirken den Auslobungserfolg herbeiführen. Der Vertrag ist dann in dem Sinne abgeschlossen, daß das Anrecht auf die Vergütung ein verhältnismäßiges ist, nach der Beteiligung am Ergebnis, wobei gleichfalls, wenn nicht anders geholfen werden kann, zum Lose gegriffen wird, § 660.

VIII. Das Werkverhältnis kann in der Art stattfinden, daß nur die eine Partei fest gebunden ist, während es im Belieben der anderen steht, die Entwicklung des Verhältnisses zu begehren oder nicht, und zwar kann der Freiwahlbefugte

1. der Werkleistende sein, was namentlich beim Maklervertrag vorkommt: gerade hier ist es nicht selten, daß der Makler die Freiheit hat, die Vermittlungstätigkeit zu vollziehen

oder nicht; und je nachdem entsteht die regelrechte Beziehung oder nicht (S. 235). Allerdings ist auch hier bereits insofern ein beide Teile umfassendes Verhältnis vorhanden, als die Treupflicht sofort gilt. Auch bei der Auslobung kann der Werkleistende erklären, nicht in das Verhältnis eintreten zu wollen.

Der Freiwahlbefugte kann auch 2. der Besteller sein: namentlich so, daß jemand mit mehreren Personen einen Werkvertrag mit dem Bedingnis abschließt, daß es ihm freistehen soll, das Werk des einen oder des anderen anzunehmen, während er die Werkleistung der übrigen zurückweist. Das Verhältnis ist so zu denken, daß der Freiwahlberechtigte einer Mehrheit von Verpflichtungen gegenübersteht und die Befugnis hat, die eine oder die andere für sich zur Geltung zu bringen, in welchem Falle er für seine Person dem Ausgewählten, und nur diesem gegenüber verhaftet ist. Die Freiwahl verfolgt hier den Zweck, daß der Besteller das beste Werk erlangt, was aber nicht heißen will: das objektiv beste, sondern dasjenige, das seinen Vorstellungen, Absichten und Zielen am besten zu entsprechen scheint. Ein derartiger Werkvertrag kommt hauptsächlich als Auslobung vor, in der Art, daß der Besteller als Auslobender erklärt, demjenigen, der das beste Werk liefern werde, den bestimmten Preis zu entrichten. Man spricht hier von Preisausschreiben und Preisbewerbung. Dieser Fall unterscheidet sich von dem Fall der gewöhnlichen Auslobung dadurch, daß sonst gewöhnlich nur ein Werk in Aussicht genommen wird, welches dann in die Auslobung einschlägt, sofern es ihren Voraussetzungen entspricht; hier soll aber nicht ein Werk an sich schon den Rahmen der Auslobung erfüllen, sondern es wird eine Mehrheit von Werken erwartet, unter denen man die Auswahl treffen will. Solches hat seinen guten Sinn, wenn bei den Leistungen nicht nur ein „ob“ oder „ob nicht“ in Betracht kommt, sondern auch ein Grad der Vollkommenheit, sodaß sie dem objektiven oder subjektiven Zweck mehr oder minder entsprechen.

Hierbei ist zu bemerken:

a) Durch die Auswahl bestimmt der Besteller nicht nur das Werk, das er annimmt, sondern auch die Schuldverbindlichkeit und damit die Person dessen, der zur Gegenleistung berechtigt ist.

b) Die Auswahl ist frei: es besteht nur eine moralische Pflicht, sich nicht von außerhalb wirkenden Beweggründen leiten zu lassen. Juristisch aber ist der Besteller in seinem Subjektivismus ungebunden: er kann in verantwortungsloser Weise sagen, daß ihm keine Leistung zusagt; juristisch ist er ebenso frei, wie beim Kauf auf Probe. Höchstens kann, wenn er in der ganzen Angelegenheit gegen den Anstand verstößt, ein Schadensersatzanspruch begründet sein; denn insofern ist die Lage eine andere als beim Kauf auf Probe, als der Besteller in den Unternehmern die Erwartungen wachgerufen hat, daß eine der Leistungen nach vernünftigem Ermessen den Preis davontragen werde; insofern muß auch die Subjektivität des Bestellers eine Beschränkung erfahren; dies namentlich, wenn er sich etwa bestechen ließe.

c) Der Auslobende kann auch die Entscheidung in das verantwortungslose Ermessen Dritter, nämlich der Preisrichter, § 661, stellen; er kann es durch die Auslobung tun, und dann ist dies ein Teil des Vertrags; er kann aber auch, sofern er selbst die Entscheidung hat, solche dem Ermessen von Preisrichtern unterwerfen. Sie geben ihre Erklärung ab durch ankunftsbedürftige Willenserklärung an den Auslobenden oder an die Preisträger oder an einen von ihnen. Sie wirken als unparteiische Dritte in das Vertragsverhältnis ein; daher ist eine Anfechtung auf Grund von Irrtum, Drohung, Betrug statthaft: sie steht beiden Teilen zu (vgl. oben S. 20).

IX. Die Werkleistung braucht nicht notwendig eine Werkleistung zu Gunsten des Bestellers zu sein; sie kann auch eine Werkleistung an einen Dritten sein, z. B. ein Denkmal für eine Stadt, oder eine Werkleistung an die Öffentlichkeit, z. B. das Verfassen eines schriftstellerischen oder künstlerischen Werkes zur Förderung von Kunst oder Wissenschaft. So auch bei der Auslobung: daher ist ein Preisausschreiben sehr wohl in der Art möglich, daß der Preis nicht gegeben wird für die Übereignung, sondern für die Ausarbeitung des besten Werkes, sodaß es dem Besteller oder dem Prüfungsausschuß nur zum Zweck der Prüfung unterbreitet werden soll; das ist sogar das Gewöhnliche: regelmäßig braucht hier das Werk gar nicht zu eigen übertragen zu werden, weder wenn es ein körperliches, noch wenn es ein geistiges Werk ist, § 661.

X. Eine Werkleistung kann auch so gestaltet sein, daß sie zwar in erster Reihe den Vorteil des Bestellers, dabei aber auch den Vorteil des Unternehmers bezweckt. Ein derartiger Werkvertrag ist der Verlagsvertrag, über den hier nicht zu handeln ist: er ist allerdings nicht nur im Bereiche des Autorrechts, sondern auch auf anderen Rechtsgebieten möglich.

II. Elemente.

1. Werk.

a) Allgemeines.

§ 136.

I. Werk ist jede Leistung, welche sich in einem Ergebnis kundgibt, wobei es auf das Ergebnis und nur auf das Ergebnis ankommt und alles, was vorausgeht, lediglich das Wesen unerheblicher Vorbereitungshandlungen an sich trägt. Daraus ergibt sich von selber, daß, im Gegensatz zum Dienstvertrag,[1]) der Unternehmer eines Werkes verpflichtet ist zu dem Ergebnis, aber nicht zu dem, was dem Ergebnis vorhergeht. Es ist daher, wenn das Werk etwa auf den 1. Juli vollendet sein soll, nicht gestattet, vorher, etwa am 1. Mai, vom Unternehmer zu verlangen, daß er an dem Werke arbeiten solle; während im Gegensatz dazu das Dienstverhältnis dahin abzielt, daß eine fortdauernde Reihe von Tätigkeiten entwickelt werde, welche von Bedeutung sind, ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Ergebnis.[2])

Natürlich muß der Ausdruck Ergebnis richtig erfaßt werden. Handelt es sich um die Führung eines Prozesses oder um einen heilkundigen Eingriff, so ist das Ergebnis der geführte Prozeß und die vollzogene Eingriffstätigkeit, nicht aber der glücklich geführte Prozeß und der glücklich vollzogene Heileingriff, und bei einem Vortrag ist wesentlich, daß er in verständlicher Weise gehalten wird, nicht daß die Zuhörer etwas davon nach Hause bringen.

---

[1]) Der Unterschied ist besonders praktisch bedeutsam wegen § 61 K.O. und § 10 Z. 2 Z.V.G., da nur der Dienstlohn, nicht die Werkvergütung das Vorrecht genießt, Leitfaden des Konk.R. (2. Aufl.) S. 190f.

[2]) Vgl. Arch. f. ziv. Praxis 84 S. 1f. Daß § 634, 636 (bezüglich der Rücktrittsbefugnis) nicht widerspricht, ist selbstverständlich.

II. Ein bereits vollzogenes Werk kann nicht Objekt des Werkvertrages sein,[1]) außer sofern noch etwas weiteres, wenn auch nur Nebensächliches hinzugefügt werden soll; so wenn ein Schriftwerk verfaßt worden ist und es sich darum handelt, es an die Außenwelt zu bringen: ein Vertrag dahin, daß jemand gegen Vergütung ein solches Werk veröffentliche, ist ein Werkvertrag. Entsprechend kann auch eine Auslobung in diesem Sinne stattfinden. Die Hinzufügung kann natürlich auch darin bestehen, daß das Ergebnis dem Besteller zugänglich gemacht wird, z. B. durch Anschluß an eine elektrische Anstalt, an einen Kühlraum, Zugänglichmachen gesundheitlich zubereiteter Luft u. a.

III. Das Ergebnis kann gegenständlich sein; es kann gegenständlich im Sinne von Neuerzeugung sein, es kann aber auch bestehen in einer bloßen Änderung, Verbesserung, Ausgestaltung gegenständlicher Dinge: in diesem Fall ist das Werk ein gegenständliches i. w. S. (S. 6). So wenn es sich um die Sachenwelt, so wenn es sich um die immaterielle Güterwelt handelt: auch bei dieser kann das Werk darin bestehen, daß ein neues immaterielles Gut geschaffen wird, wozu auch die Zeichnung eines Bauplanes gehören kann, vorausgesetzt, daß eine solche wirklich kraft gegenseitigen Vertrags erfolgt;[2]) es kann aber auch darin bestehen, daß jemand auf ein bereits vorhandenes immaterielles Gut fördernd einwirkt, indem er etwa eine Erfindung vervollständigt oder ein Autorwerk übersetzt oder ein Musikwerk überträgt. Und auch hier kann das Ergebnis so gestaltet sein, daß das vorhandene immaterielle Gut in einem anderen aufgeht, oder daß es selbständig bleibt und nur eine Verbesserung erfährt.

IV. Was die gegenständlichen körperlichen Ergebnisse betrifft, so gilt Folgendes:

1. bei der Neuschöpfung findet eine Verarbeitung des Stoffes statt, welche als „Spezifikation“ das Eigentum des

[1]) Daher auch nicht eines Maklervertrags, O.L.G. Kolmar 29. Januar 1904, Mugdan IX S. 7.

[2]) Möglicherweise ist die Bauzeichnung nur Bestandteil der einseitigen Erklärung des Unternehmers, der daraufhin einen Werkvertrag abschließen möchte: hier liegt ein Werkvertrag noch nicht vor und ist darum auch keine Vergütung zu entrichten.

Verarbeiters herbeiführen kann. Liefert hier der Besteller den Werkstoff, so könnte man glauben, daß der Unternehmer, also der Arbeiter das Eigentum erwerbe; doch dies wäre irrig: die Verarbeitung durch den Unternehmer geschieht hier nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Bestellers, und nicht der Unternehmer, sondern der Besteller wird Eigentümer der durch Verarbeitung entstandenen Sache, was sich aus der Natur der Dinge ergibt, aber auch aus § 647; denn sonst könnte der Unternehmer daran nicht ein Pfandrecht haben.[1]) Handelt es sich um die bloße Verbesserung einer vorhandenen Sache, so kann diese Frage nicht auftauchen.

2. Möglich ist aber auch, daß der Stoff zwar vom Besteller geliefert wird, aber doch in der Art, daß der Unternehmer über diesen Stoff verfügen kann und die Gefahr zu tragen hat; daß er insbesondere an Stelle des gelieferten Stoffes anderen Stoff verwenden darf und unter Umständen verwenden soll. Dies enthält keine Eigentumsübertragung des Stoffes: der Unternehmer wird nicht schon mit der Übergabe Eigentümer, sondern erst mit dem Augenblick, wo er über ihn verfügt hat, was auch dadurch geschehen kann, daß er an dessen Stelle anderen Stoff in das Werk einfügt; es verhält sich daher ganz ähnlich, wie mit dem Inventar des Pächters (S. 35, 112). Man spricht hier auch von unregelmäßigem Werkvertrag.

3. Wird der Werkstoff vom Unternehmer geliefert, so geht, sofern es sich nicht um eine bloße Verbesserung einer dem Besteller gehörigen Sache, sondern um eine Neuschöpfung handelt, der Werkvertrag in einen Werkskauf über, wovon S. 377 f. zu sprechen ist. In diesem Fall wird daher der Unternehmer zunächst Eigentümer des neu geschaffenen Werkes, und der Übergang des Eigentums auf den Besteller erfolgt erst durch Eigentumsübergabe.

Von diesem Satz gilt eine bedeutende Ausnahme, wenn der Unternehmer zwar mit seinem eigenen Stoff arbeitet, aber nach den vom Besteller gegebenen Zeichnungen und

---

[1]) Daß dies keine Ausnahme von § 950 ist, sondern auf der Stellvertretung in der Verarbeitungstätigkeit beruht, bedarf keiner besonderen Begründung, und ich hebe es nur hervor, weil man hier schon das unglaublichste an zivilistischer Verkehrtheit und ungeschichtlicher Mißbehauptung geleistet hat.

Anweisungen, sodaß er damit nur die künstlerischen Vorstellungen des Bestellers verwirklicht. In einem solchen Falle ist es sicher, daß der Unternehmer nicht für sich, sondern als Vertreter des Bestellers arbeitet und folglich diesen von selbst zum Eigentümer seines Werkes macht; was von großer praktischer Tragweite ist: denn wenn der Unternehmer in Konkurs fällt, darf der Besteller die Sache aus der Konkursmasse aussondern.[1]) Das ist aber nicht der Fall, wenn der Maler ein Porträt malt: zwar wird das Kunstwerkrecht dem Besteller erworben, das körperliche Bild aber gehört dem Maler, bis er es dem Besteller abliefert.[2])

V. Das Werk kann auch eine nicht gegenständliche Leistung sein, wie der Abschluß eines Rechtsgeschäftes oder die Vermittlung eines solchen oder eine Einwirkung auf den Geist eines anderen oder auf den Geist vieler durch Vortrag, musikalische oder schauspielerische Darbietungen usw.,[3]) ferner das Inordnungbringen von Büchern durch einen Bücherrevisor,[4]) das Ausfindigmachen eines Verbrechers, der Nachweis von Spuren der Tat (Detektiv). Auch die Ortsveränderung in Bezug auf eine bewegliche Sache gehört eigentlich hierher, weil die gegenständliche Einwirkung hier an dem Gegenstand selber nicht hervortritt: Beförderungsvertrag[5]) (oben S. 6); doch wird dieser Vertrag nach den Grundsätzen des gegenständlichen behandelt. Zu den nichtgegenständlichen Leistungen gehören auch die Leistungen an einer Person, z. B. ein heilkundiger Eingriff, eine Personenbeförderung usw., da die Person hier nicht vergegenständlicht, nicht zum Rechtsobjekt gemacht wird.

Eine nicht gegenständliche Leistung kann auch eine Unterlassung sein, z. B. es verpflichtet sich jemand zur Nicht-

---

[1]) Man vergleiche den lehrreichen Fall in der Entscheidung des Obertribunals vom 18. Juni 1856 (Entscheidungen des Obertrib. XXXIII, S. 328).

[2]) Franz. Cass.hof 14. März 1900 Annal. de droit comm. XIV p. 189.

[3]) Oberstes L.G. Bayern 21. Januar 1901 und O.L.G. Hamburg 23. Mai 1901 Seuffert, 56 Nr. 221, 222.

[4]) O.L.G. Braunschweig 15. Februar 1901 Jur.Z. VIII S. 228.

[5]) Auch Schleppschiffvertrag R.G. 22. Januar 1902, Seuffert 58 Nr. 52.

anfechtung des Rechts oder zur Nichtausübung eines schädlichen Gewerbes. Erfolgt dies gegen Vergütung, so ist es ein Werkvertrag, und entsprechend kann auch die Auslobung auf solche Weise stattfinden, z. B. man verspricht einer Reihe von Personen eine Belohnung für den Fall des Wohlverhaltens.

VI. Zwischen gegenständlichen und nicht gegenständlichen Werken besteht der große Unterschied, daß bei ersteren die Werkleistung in einer sog. Abnahme endet, d. h. in einer Tätigkeit des Bestellers als Gläubiger, worin er den Gegenstand der Leistung aus dem Personenkreis des Unternehmers und, wenn es eine Sache ist, aus seinem Besitze oder aus seiner Werksbereiche[1]) übernimmt; nicht notwendig dadurch, daß er die Sache in sein eigenes Gewahrsam nimmt, sondern dadurch, daß er seine Zustimmung gibt, daß das Gewahrsam des Unternehmers in irgend einer Weise mit der Wirkung aufhört, als ob dessen Leistung beendet wäre. Wenn es heißt, daß der Besteller zur Abnahme verpflichtet sei (§ 640), so will dies nur soviel heißen, daß der Unternehmer, wenn er zur Abgabe bereit ist, in die Lage versetzt werden muß, durch beliebiges Aufgeben des Leistungsgegenstandes sich seiner Verpflichtung zu entledigen, sofern und soweit der ordentliche Weg der Hinterlegung und des Selbsthilfeverkaufs ihm keine Lösung bietet (S. 202f.).

Bei Nichtgegenstandsleistungen ist von einer solchen Abnahme keine Rede. Hier bedarf es am Schluß der Leistung keiner weiteren Tätigkeit des Bestellers: der Abnahme steht hier die Vollendung des Werkes gleich, § 646: der Vortrag ist geleistet, das Schauspiel ist gespielt, ohne daß der Zuhörer irgendwie eine Abnahmetätigkeit zu vollziehen hat. Hier kann höchstens insofern von einer Gläubigertätigkeit des Bestellers gesprochen werden, als sie die Voraussetzung für die Tätigkeit des Unternehmers ist, so die Anwesenheit eines Hörers, das Sichbereitstellen zu einem heilkundigen Eingriff; doch dies hat eine ganz andere Bedeutung.

Die Beförderungsleistungen in Bezug auf Sachen stehen (wie S. 365 bemerkt) in dieser Beziehung den gegenständlichen

---

[1]) So wenn es sich um Arbeiten an Grundstücken handelt, bei denen der Unternehmer gar nicht in den Besitz des Grundstücks gesetzt worden ist, vgl. O.L.G. Posen 21. November 1902, Mugdan VI S. 84.

Leistungen gleich; denn bei ihnen gibt es zwar keinen Leistungsgegenstand, aber eine geleistete (weil beförderte) Sache.

VII. Bei gegenständlichen, wie bei nicht gegenständlichen Leistungen kann von einer Billigung die Rede sein.

Man hat eine Billigungspflicht des Bestellers angenommen. Eine solche besteht nicht. Vielmehr verhält es sich wie folgt:

1. Die vorbehaltlose Abnahme unter Kenntnis des Mangels steht einer Billigung gleich, es müßte denn ein Verschulden des Unternehmers vorliegen, §§ 640, 635. Vgl. S. 369.

2. Der Unternehmer kann eine Billigung in Gestalt der vorbehaltlosen Abnahme erwarten, und erfolgt diese nicht, so kann Gelegenheit zu einer Feststellungsklage gegeben sein.

In dieser Beziehung verhält es sich aber grundsätzlich nicht anders als beim Kaufvertrag und bei der Leistung des Verkäufers, nur daß hier die Werkleistung mehr mit der Persönlichkeit verknüpft ist und infolgedessen eine Äußerung der Billigung dringender erwartet werden kann als beim Kauf.[1])

b) Werk als Ergebnis.

§ 137.

I. Das Werk wird versprochen als das Ergebnis einer vorbereitenden Tätigkeit. Es kommt als Ergebnis in Betracht, ohne Rücksicht auf solche Tätigkeit; doch tritt diese Ergebnisnatur dadurch hervor, daß man die Verbesserungsfähigkeit des Werkes ins Auge faßt, sodaß die vorbereitende Tätigkeit fortgesetzt und nach der einen oder anderen Richtung zu Ende geführt werden kann. Ist also das Werk mangelhaft, so ist es in erster Reihe nicht einfach zurückzuweisen, sondern zu verbessern; und wie zur Herstellung des Werkes, ist der Unternehmer auch zur Verbesserung verpflichtet. Die Mangelhaftigkeit gilt daher nicht wie beim Kaufvertrag als eine teilweise Unmöglichkeit, sofern die Sache die vertragsmäßigen Eigenschaften nicht hat, sondern als eine Unfertigkeit, sofern die Eigenschaften der Sache noch beigefügt werden können. Doch kommt auf der anderen Seite auch der Unmöglichkeits-

---

[1]) Beizufügen wäre noch, daß natürlich der § 363 auch hier gilt. Doch ich halte es für rückständig, heutzutage überhaupt noch von der Beweislastlehre zu sprechen. Sie ist ein verjährter Irrtum, den man immer noch nachschleppt.

standpunkt in Betracht, wenn nämlich der Unternehmer die nötige Tätigkeit zur Verbesserung nicht bietet. Dies gilt selbstverständlich dann, wenn eine Verbesserung überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in der Zeit möglich ist, in der die Sache fertig sein muß. Es gilt aber auch ferner dann, wenn der Unternehmer sich mit Recht weigert, weil die Verbesserung ein Übermaß von Kosten oder Mühe verursachen würde. Es gilt auch dann, wenn der Unternehmer sich zu Unrecht weigert und der Besteller nicht auf der Verbesserung besteht. Es gilt endlich dann, wenn der Besteller zur Verbesserung eine Frist setzt und die Verbesserung nicht erfolgt. In diesen Fällen hat der Besteller das Recht auf Rücktritt (Wandelung) oder Preisminderung. So §§ 633, 634, wovon bereits oben (S. 264) gesprochen worden ist.

II. Bei einer Werkleistung sollen an den Unternehmer stets die höchsten Anforderungen gestellt werden: er soll sein Bestmöglichstes tun, um gute Arbeit zu liefern. Daher kann

1. eine Verbesserung verlangt werden, soweit die Sache verbesserungsbedürftig ist, bis sie auf dem vertragsmäßigen Stand angelangt; dies selbst dann, wenn der Mangel auch nur eine Kleinigkeit beträgt; daher der Unterschied zwischen § 634 und § 459: eine Verbesserung kann begehrt werden, allerdings nicht ein neues Werk, denn Werke sind nicht vertretbar.[1]) Ist die Verbesserung nicht möglich oder nicht rechtzeitig erfolgt, so kann Minderung beansprucht werden, auch dann, wenn es sich nur um eine Kleinigkeit handelt; denn der Leistende soll sich keine Blößen geben. Auch dies ergibt sich aus § 634. Nur die Wandelung ist bei einem unbeträchtlichen Mangel ausgeschlossen: insofern, nur insofern stimmt Kauf und Werkvertrag mit einander überein, wobei es sich, wie beim Kauf, von selbst versteht, daß ein Mangel, dessen Abwesenheit besonders zugesichert wurde, kein unerheblicher ist.[2]) Übrigens kann von der Befugnis, auch das Kleine zur Geltung zu bringen, nur Gebrauch gemacht werden, wenn irgend ein annehmbares Interesse besteht, auf solche Feinheiten Rücksicht zu nehmen:

---

[1]) R.G. 18. März 1904 Entsch. 57 S. 275. So auch, wenn z. B. ein Porträt nicht ähnlich geworden ist. Vgl. Trib. Lyon 25. Januar 1901 Annal. de droit comm. XV p. 158.

[2]) Vgl. Kammergericht 19. November 1903, Mugdan VII S. 477.

auch dieses Recht darf natürlich nicht zur Schikane benutzt werden, § 224.

Daraus erklärt sich

2. daß der Unternehmer aus jedem Verschulden für Schadenersatz haftet, nicht nur dann, wenn er in Bezug auf die Mangelhaftigkeit der Sache in Arglist war, — ein wichtiger Unterschied zwischen dem § 635 und § 463. Doch kommt auch beim Werkleister arglistiges Verschweigen noch besonders in Betracht, insofern als er in diesem Falle des Vorteils der kurzen Verjährung verlustig wird, vgl. auch § 637. Übrigens setzt auch die Schadenersatzpflicht regelmäßig vorherige Fristsetzung voraus.[1])

3. Die vorbehaltlose Annahme des Werkes hat ein Aufgeben des Wandlungs- und Minderungsrechts, nicht aber ein Aufgeben des Rechts auf Schadensersatz wegen Verschuldung zur Folge, mindestens nur nach den Umständen des Falles, §§ 640, 635.

4. Die Verjährungsfrist, die sonst wie bei dem Kauf eine 6monatliche und einjährige ist, ist bei Bauwerken, d. h. bei den auf ständige Verbindung mit dem Erdboden berechneten, und doch dem Erdboden gegenüber selbständigen unorganischen Anlagen,[2]) eine 5jährige, § 638, beginnend mit der Abnahme, d. h. mit der Zeit, wo das Werk bestimmungsgemäß aus dem Kreis des Unternehmers herausgetreten ist (ohne Rücksicht auf Billigung oder Nichtbilligung). Bei unkörperlichen Arbeitsleistungen ist der Übergang in den Vermögenskreis in dem Augenblick anzunehmen, wo die Leistung beendigt oder endgültig abgebrochen worden ist.[3]) Vgl. noch § 639 und dazu I S. 252.

---

[1]) R.G. 2. Oktober 1903, Seuffert 59 Nr. 252.

[2]) Also nicht bei gepflanzten Bäumen, auch nicht bei bloßen Öffnungen im Boden, wo die etwaige Mauerung nur etwas nebensächlich, stützendes ist, nicht bei Kanalisations-, Brunnenarbeiten, R.G. 20. November 1903, Entsch. 56, S. 41, O.L.G. Marienwerder, 21. Juni 1904 Recht VIII S. 447. Anders natürlich bei einem unterirdischen Gang, welcher als künstliche Straße Bauwerkseigenschaft hat. Oberflächenarbeiten an einem Bauwerk: Anstreichen, Tapezieren sind nicht Bauwerke; dagegen Arbeiten von körperlicher Beschaffenheit, wie Dachdecken, namentlich wenn es sich um eine erstmalige Herstellung handelt, R.G. 24. März 1904, J.W. XXXIII S. 257.

[3]) In welchem Fall eine mangelhafte Vollendung vorliegt, vgl. O.L.G. Hamburg 26. Februar 1904, Seuffert 59, Nr. 202.

III. Die Folgen der Verzeitung sind gesteigert; der Besteller hat auch ohne Verschulden und Verzug des Unternehmers ein Rücktrittsrecht nach erfolgter Fristsetzung, jedoch nur dann, wenn die Verzeitung nicht einen bloß unerheblichen Nachteil bereitet, §§ 636, 634, vgl. VerlagsG. § 30 (S. 86).

IV. Ob das Ergebnis nur durch die Person des Unternehmers oder auch durch andere hergestellt werden kann, ob also durch eintretende persönliche Unfähigkeit oder Tod das Werk unmöglich wird, ist nicht im allgemeinen zu beantworten und richtet sich nach dem einzelnen Fall; desgleichen, ob der Unternehmer selbst oder durch einen anderen handeln, und inwieweit er sich einer Ersatz- und Hilfsperson bedienen darf (z. B. der Maler seines Schülers). Vgl. S. 19, 45, 188, 273, 346.

V. Ist das Werk eine Geschäftsbesorgung, dann gelten die Regeln dieser (S. 116f.). Vgl. auch noch §§ 669, 675 (S. 391) und § 23 K.O., der auch auf die entgeltliche Geschäftsbesorgung Anwendung findet (S. 393).

c) Gläubigermitwirkung.

§ 138.

I. Dem Rechtsverhältnis entspricht es, daß die Gläubigertätigkeit des Bestellers nicht eine augenblickliche, sondern eine fortlaufende ist, und auch hier gilt der Satz, daß diese Gläubigertätigkeit nicht jeden Augenblick, sondern nur mit Unterschieden abgebrochen werden kann. Wer beispielsweise auf einem Schiff mit anderen fährt, kann nicht verlangen, jeden Augenblick an die Küsten gesetzt zu werden,[1]) und wenn jemand ein Schauspiel aufführen läßt, so kann er nicht verlangen, daß es in einem gefährlichen Augenblick abgebrochen wird.

II. Daher deckt sich die Gläubigertätigkeit beim Werkvertrag nicht mit der Abnahmetätigkeit nach Vollendung des Werkes;[2]) sondern während der ganzen Leistung hat der Besteller diejenige Mitwirkung zu leisten, welche bei der Art der Arbeit zu ihrem Gedeihen notwendig ist; also

[1]) Und ähnlich verhält es sich mit dem Ausladen von Gütern, wenn nicht das ganze Schiff verfrachtet worden ist, §§ 587 Z. 2 und 589 H.G.B.

[2]) In der früheren Literatur war bis zu meiner Neudarstellung der Lehre vom Annahmeverzug diese Verwechslung ständig; aber auch in der neueren geht sie noch um.

1. er hat bestimmungsmäßig das Material zu liefern,

2. er hat den Gebrauch des Grundstückes zu gestatten, auf dem die Tätigkeit erfolgen soll,

3. er hat die nötigen Anweisungen zu geben, welche die Einzelheiten des Werkes bestimmen sollen,

4. er hat von sich aus die persönliche Mitwirkung zu leisten, ohne die der Vollzug der Arbeit nicht geschehen kann; er hat beispielsweise beim Malen von Fresken die Wand, beim Malen eines Personenbildes oder bei einem heilkundigen Eingriff die anwesende Persönlichkeit darzubieten, sodaß die Arbeit vor sich gehen kann.

In allen diesen Beziehungen gilt der Grundsatz des Gläubigerverzuges, daß der Besteller bei Nichthandlung in Gläubigerverzug ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Nichthandlung eine verschuldete ist oder nicht. Daher liegt ein Gläubigerverzug vor:

a) wenn das gegebene Material aus Zufall zugrunde geht,

b) wenn der Bauplatz aus irgend einem Grunde nicht geliefert werden kann oder wenn durch irgend welche Erdverhältnisse die Arbeit unmöglich wird,

c) wenn der Besteller verhindert ist, die entsprechenden Anweisungen zu geben,

d) wenn er die Persönlichkeit, um die es sich handelt, die eigene oder fremde, etwa wegen Krankheit, nicht zu dem Zwecke darzubieten vermag, daß der Unternehmer seine Leistung vollziehe. Vgl. § 645.

III. Der Gläubigerverzug während des Werkes kann stattfinden:

1. unter Kündigung, d. h. mit der Erklärung, das Werk schließlich nicht annehmen zu wollen. Dies ist der Fall des § 649. Daß hier der Ausdruck „kündigen" eine ungewöhnliche Bedeutung hat, ist schon früher (S. 204) bemerkt worden;[1]) oder

2. er kann stattfinden ohne Kündigung, d. h. unter Fortbestehen des Verhältnisses. Wer aber trotz seines Gläubigerverzugs die Weiterentwicklung des Verhältnisses will und daher bewirkt, daß der Unternehmer Zeitverlust hat, ist ihm zum Ersatz für Zeitversäumnis verpflichtet, nicht deshalb weil

[1]) Natürlich besteht hier kein Schadensersatzanspruch des Unternehmers, O.L.G. Celle 23. Oktober 1903, Mugdan VII S. 480.

er im Unrecht wäre, sondern deshalb, weil er, durch Aufrechterhaltung der vom Unternehmer geschuldeten Tätigkeit, unter solchen Umständen eine übervertragsmäßige Anforderung an diesen stellt. Dieser Zeitversäumnisersatz muß nach dem Maße des in Zeitverdienst umgesetzten Werkverdienstes berechnet werden, unter Berücksichtigung der Ersparnis und des durch die Pause ermöglichten anderweitigen Verdienstes.[1]) Außerdem kann der Unternehmer ihm für seine Gläubigertätigkeit eine Frist setzen und im Fall der Fortsetzung des Verzuges das Verhältnis kündigen, §§ 642, 643.

IV. Der Gläubigerverzug kann ein einfacher Gläubigerverzug sein, oder er kann in Verbindung stehen mit dem Unvermögen des Unternehmers zur Erfüllung. Schon an anderer Stelle (vgl. S. 349) wurde hervorgehoben, daß dies mit § 297 nicht im Widerspruch steht, sofern hier gerade durch Verhältnisse des im Verzug befindlichen Gläubigers (Bestellers) jenes Unvermögen herbeigeführt wird: hier kann der Besteller nicht sagen, es liege kein Gläubigerverzug vor, weil es an der Bereitschaft des Schuldners fehle: wenn sich ein Brand von einem Grundstück auf ein anderes Grundstück hinüberpflanzt, so kann sich der Eigentümer des ersten Grundstücks nicht darüber beklagen, wenn von dem zweiten Grundstück auch wieder die Funken auf das erste zurückfallen. Derartige Fälle sind insbesondere die gegenständlichen Mängel,[2]) wie der Mangel im Werkstoff, der Mangel in Bezug auf das Grundstück, auf dem das Werk hergestellt werden soll, auch ein Mangel in den Anweisungen des Gläubigers, welcher es hindert, daß der Leistende das Ziel erreicht; aber auch ein Mangel in der Person, an der ein Werk vorgenommen werden soll, z. B. wenn

[1]) In § 642 heißt es: was der Unternehmer durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann, nicht, wie in §§ 615 und 649, was er zu erwerben böswillig unterläßt. Gemeint ist aber dasselbe; irgend ein Grund für eine verschiedene Behandlung liegt nicht vor.

[2]) So ist es, wenn eine Reinigungsanstalt die Reinigung eines Kleides übernommen hat, und ihr, falls diese wegen der Beschaffenheit des Stoffes mißlingt, eine geringere Vergütung zu zahlen ist; und ebenso verhält es sich beim Beförderungsverhältnis, wenn die zu befördernde Sache untergeht, worüber zu vgl. Zwölf Studien I, S. 222. Hier ist natürlich nicht eine Verbindung von Werk- und Dienstvertrag, sondern einfach Werkvertrag anzunehmen.

ein Heilschnitt gemacht werden soll und der Kranke körperlich unfähig ist, ihn zu ertragen, oder der vom Alpenführer begleitete Bergsteiger unfähig ist, weiter zu gehen. In allen diesen Fällen besteht ein Unvermögen des Unternehmers, das Werk zu vollenden, dieses Unvermögen ist aber durch den (schuldlosen!) Gläubigerverzug des Bestellers herbeigeführt, und daher wäre es völlig abwegig, den Gläubigerverzug wegen des Unvermögens des Unternehmers zu verneinen (§ 297), in einem Fall, wo dieses Unvermögen eben im Gläubigerverzug begründet ist!

Eine solche Verbindung von Unvermögen und Gläubigerverzug liegt auch dann vor, wenn ein Kostenanschlag gemacht worden ist, aber ohne Preisbestimmungscharakter, und der Anschlag nicht eingehalten werden kann. In solchem Fall liegt einerseits ein Unvermögen vor, das Werk zu dieser Preislage fertigzustellen, andererseits ein Gläubigerverzug, weil der Gläubiger das Werk nicht zu einer anderen Preislage hergestellt haben will, obgleich doch ein bestimmter Preis zwar vorausgesetzt, aber nicht abgesprochen worden ist, § 650. Vgl. I, S. 575.

Überall, wo Unvermögen auf der einen Seite und Gläubigerverzug auf der anderen Seite zusammentreffen, hat der Besteller nicht die volle Vergütung zu leisten, wie beim reinen Gläubigerverzug; auf der anderen Seite ist aber auch der Unternehmer nicht auf nichts gesetzt, sondern er erhält eine dem bisher Geleisteten entsprechende Vergütung nebst Ersatz der Auslagen, soweit sie nicht in der Vergütung gedeckt sind, §§ 645, 650.

V. Kein Gläubiger-, sondern ein Schuldnerverzug oder ein mit Gläubigerverzug gemischter Schuldnerverzug liegt dann vor, wenn das vom Unternehmer herzustellende Werk zugleich im Interesse dieses bedungen wird: dann haben die das Werk ermöglichenden Tätigkeiten des Bestellers zugleich den Charakter der Leistung. So beim Verlagsvertrag. Vgl. auch S. 348.

2. Vergütung.

§ 139.

I. Die Vergütung kann in jeder Gegenleistung bestehen, und es gelten hier die nämlichen Grundsätze, wie beim Dienst-

verhältnisse (S. 347). Auch eine Gewinnbeteiligung kann bedungen sein.

II. Die Vergütung ist (laut nachgiebigen Rechts) die taxmäßige, und wenn keine Taxen bestimmt sind, die übliche, §§ 632, 653.[1]). Sie ist (laut nachgiebigen Rechts) am Schluß des Werkes (bei Abnahme, wo diese vorkommt) oder entsprechend am Schluß des als selbständig behandelten (und deshalb einzeln abzunehmenden) Werkteiles zu entrichten, § 641. Vgl. S. 355f.

III. Besondere Arten und Mischgeschäfte.

1. Maklergeschäft.

§ 140.

I. Eine Art des Werkvertrages mit unkörperlichem Werk ist der Maklervertrag, der darin besteht, daß jemand gegen eine Vergütung durch den Nachweis der Gelegenheit oder durch Vermittlungstätigkeit den Abschluß eines Rechtsgeschäfts bedingt (Nachweisungs-, Vermittlungsmakler), § 652. Das Rechtsgeschäft kann hier nur Rechtsgeschäft des Vermögensrechtes sein: Familienrechtsgeschäfte sind ausgeschlossen, namentlich auch die Ehe, wofür in § 656 besondere Bestimmung gegeben ist.[2]) Aber auch Verfügungen von Todeswegen fallen hier weg, denn das Maklerverhältnis ist nur würdig und anständig bei Geschäften des Verkehrs.

II. Das Werk des Maklers besteht in dem Zustandebringen des Geschäfts, und zwar in dem Zustandebringen des endgültigen und unbedingten Geschäfts.[3]) Nachträgliche

---

[1]) Über Maklergebühr vgl. O.L.G. Posen 8. Juli 1901 und 3. Januar 1902, Mugdan III S. 95 und IV S. 289.

[2]) Vgl. oben S. 104, auch O.L.G. Zweibrücken 24. März 1903, Z. franz. Ziv.R. XXXIV S. 540.

[3]) Es ist nicht endgültig, wenn es anfechtbar ist und angefochten wird; es ist nicht endgültig, solange es an der Form fehlt (§ 313!); es ist nicht vollendet, wenn es der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf und sie nicht erlangt, O.L.G. Kiel 7. Februar 1902, Mugdan IV S. 240. Wird allerdings der Eintritt der Bedingung gegen Treu und Glauben verhindert, dann ist die Gebühr zu entrichten, wie beim Eintritt der Bedingung; solches liegt aber beispielsweise nicht darin,

Ereignisse jedoch, auflösende Bedingung, Rücktritt hindern die Endgültigkeit nicht,[1]) wohl aber eine Wandelung wegen Mängel des Werkes, mindestens wenn es sich um den Vertrag über eine Sondersache handelt, weil diese Wandelung auf dem Gedanken beruht, daß ein Vertrag über etwas teilweise Unmögliches abgeschlossen worden ist, und darin liegt kein endgültiges Ergebnis. Bei Gattungsverträgen ist es anders: hier besteht natürlich der Vertrag in voller Wirkung, auch dann, wenn eine fehlerhafte Sache zur Erfüllung gegeben wird, und die Maklergebühr ist ebenso verdient, wie wenn in sonstigen Fällen die Erfüllung unterbliebe oder nur mangelhaft erfolgte: die Maklergebühr ist vom Abschluß des Geschäfts, nicht von der Erfüllung abhängig, § 652 (anders in den Fällen des § 88 und 396 H.G.B.).

III. Das Werk des Maklers erfolgt kraft seiner seelischen Einwirkung, die entweder nur „intellektueller" oder auch „voluntarer" Art sein kann; „intellektuell" kann sie einseitig oder zweiseitig sein, einseitig, sofern der Makler lediglich dem Besteller eine Gelegenheit zum Abschluß des Vertrages aufweist, zweiseitig, sofern er bei beiden Vertragsbeteiligten kundgebend einwirkt, indem er den einen mit dem anderen bekannt macht und ihnen gegenseitig die Bedingungen mitteilt und die zum Zustandekommen des Geschäftes nötige Aufklärung gibt. Sie kann aber auch „voluntarer" Art sein, sofern der Makler zuspricht und die Geneigtheit zum Geschäftsabschluß erweckt. Der Geschäftsabschluß ist hier das Werk des Maklers, sofern es auf diese „bedingenden" Umstände zurückzuführen ist, d. h. auf die Nachweisung im Fall des Nachweisungsmaklers, auf die Vermittlung im Fall des Vermittlungsmaklers.[2]) Daß er bloß die „Bedingung" für den Vertragsabschluß setzt, so daß daraufhin die Parteien den Vertrag selbst abschließen, hindert

daß der Geschäftsschließende dem, dessen Zustimmung zur Bedingung gemacht war, von der Zustimmung abgeraten hat, O.L.G. Kolmar 7. März 1902, Mugdan IV S. 241. Entscheidungsnotizen bei Mugdan I S. 401.

[1]) Vgl. O.L.G. Rostock 21. Dezember 1899, Mugdan I S. 402. Unrichtig O.L.G. Stuttgart 25. März 1904 Jur.-Z. IX S. 822.

[2]) R.G. 24. Oktober 1902 J.Z. VIII S. 81, O.L.G. Dresden 2. Juli 1901, Mugdan IV S. 47, O.L.G. Braunschweig 25. September 1903, Mugdan IX S. 6, O.L.G. Karlsruhe 23. September 1902 Z. franz. Z.R. XXXIV S. 532.

den Zusammenhang zwischen der Maklertätigkeit und dem Vertrage nicht, denn auch die Setzung der Bedingung kann als ursächlich betrachtet werden, und das Verdienst des Maklers wird hierdurch nicht angetastet.[1]) Sollten aber allerdings bei der Maklertätigkeit die Entschlußbildner vollständig versagt haben, und sollte man etwa auf Grund neuer bedingender Verhältnisse zu einem Vertrag gelangt sein, so wäre das Werk nicht mehr als Werk des Maklers zu betrachten.[2])

IV. Das Werk des Maklers ist ein Willensergebnis; es ist daher von dem Willen der bei Vertragsschluß in Aussicht genommenen Personen abhängig; von diesen ist regelmäßig der Besteller der Maklertätigkeit die eine: lehnt er daher den Vertrag ab, so ist dies ein in der Sache liegender Mangel des Ergebnisses, es ist nicht Gläubigerverzug. Nimmt er jedoch die durch Maklertätigkeit geschaffene Lage an und schließt er den Vertrag, indem er den Makler im letzten Augenblick umgeht, dann ist dies Gläubigerverzug, denn es ist Ablehnung der vertragsmäßigen Tätigkeit des Maklers unter Annahme ihres Ergebnisses; daher wird in diesem Fall der Besteller den Maklerlohn schuldig. Kommt statt des im Maklervertrag vorbehaltenen Geschäfts ein anderes zustande, dann ist das „Werk" als gewollte Folge des Maklervertrags anzunehmen, sofern es zwischen den Parteien als Gleichwert gilt oder gutgläubig zu gelten hat.[3]) Kommen neben dem im Maklervertrag bezweckten Geschäft noch andere zu stande, so stehen diese natürlich draußen und sind für ihn bedeutungslos.[4])

V. Bei Mangelhaftigkeit des Werkes, so bei Untauglichkeit des Gegenstands, Zahlungsunfähigkeit der zugeführten Gegenpartei, gelten die Grundsätze des Werkvertrags: der Gegner kann in solchem Falle wandeln, mindern, bei Verschuldung

[1]) O.L.G. Braunschweig, 25. September 1903, Mugdan IX S. 6 O.L.G. Dresden 2. Juli 1901, Mugdan IV S. 47. Dies gilt natürlich vor allem dann, wenn die Maklertätigkeit eine bloß intellektuelle ist und sich in der Nachweisung einer Gelegenheit erschöpft, R.G. 24. Oktober 1902 J.Z. VIII S. 31. Über Bedingung und Ursache vgl. S. 472f.

[2]) Vgl. auch O.L.G. Dresden 16. Oktober 1903, Mugdan VIII S. 77.

[3]) Vgl. darüber R.G. 26. Juni 1903 Recht VII S. 504, O.L.G. Posen 16. März 1903, Mugdan VIII S. 76.

[4]) O.L.G. Karlsruhe 23. September 1902 Z. franz. ZR. XXXIV S. 532.

Schadenersatz begehren.[1]) So auch, wenn der Makler auf ungünstigere Bedingungen hingewirkt hat, z. B. der Makler des Verkäufers auf Herabdrückung des Preises.[2]) Vgl. auch § 654.

VI. Eine Verbindung zweier Maklerverhältnisse, wonach derselbe Makler für den einen wie für den anderen Vertragsgenossen tätig sein soll, ist an sich nicht ausgeschlossen, da es sich hier nicht um unlösliche Interessengegensätze handelt; sie ist aber nur gestattet unter Zustimmung des Bestellers, da ein Handeln im beiderseitigen Interesse etwas anderes ist, als ein Handeln im einseitigen Interesse dieses Bestellers. Daher ist der durch doppeltes Maklerverhältnis vermittelte Vertrag ein anderes Werk, als der auf einseitige Bestellung herbeigeführte, und darum ist in solchem Falle die Gebühr nicht verdient, § 654. Beim Handelsmakler ist ein beiderseitiges Handeln ohne weiteres zugelassen, es bildet die Regel, § 99 H.G.B.

VII. Für das Gesindemaklertum besteht die soziale Bestimmung des § 655, welcher die Vertragsfreiheit ähnlich beschränkt, wie der § 343 bezüglich der Vertragstrafe. Hiermit hängt die polizeiliche Überwachung in § 75a Gew.O. zusammen.

2. Werkskauf.

§ 141.

I. Schon oben (S. 364) wurde ausgeführt:

Hat der Unternehmer eines Werkes ganz oder wenigstens zur Hauptsache den Werkstoff zu einer gegenständlichen Neuschöpfung zu liefern, die aus seiner Tätigkeit hervorgeht, so nimmt das Ganze den Charakter des Kaufs einer künftigen Sache an, und zwar deshalb, weil die Arbeit hier zu einem in das Eigentum des Unternehmers fallenden Gegenstand führt, welchen der Unternehmer seinerseits an den Besteller zu Eigentum (zum vollen Rechte) zu übertragen hat. Es handelt

[1]) Vgl. Kammergericht 17. Dezember 1900, Seuffert 56 Nr. 148, O.L.G. Kolmar, 15. Juni 1901, Z. franz. Z.R. XXXII S. 550, Kammergericht 17. Dez. 1900, Mugdan II S. 119. Die Schadensersatzpflicht für Verschuldung ist beim Handelsmakler ausdrücklich ausgesprochen, § 98 H.G.B.

[2]) O.L.G. Posen 18. April 1902, Seuffert 57 Nr. 211.

sich also hier nicht um die Leistung einer Arbeit, deren Ergebnis in das Vermögen des Bestellers eintritt, sondern um die Herstellung eines Erzeugnisses, das zunächst dem Unternehmer gehört (oben S. 364) und sodann in das Eigenrecht des Bestellers übergehen soll. Daher dieselben Interessen wie beim Kauf: so insbesondere auch die Rügepflicht bei zweiseitigen Handelsgeschäften und die Möglichkeit des Vorkaufs und Widerkaufs. Vorausgesetzt ist hierbei natürlich, daß das Ergebnis in das Eigentum des Bestellers gelangen, nicht bloß seinem Gebrauch dienen soll. Vgl. S. 382.

Jedoch hat dieses Geschäft mit dem Werkvertrag das gemein, daß der Unternehmer zur Herstellung des Werkes verpflichtet ist, allerdings zur Herstellung des in seinem eigenen Vermögen entstehenden und dann erst zu übertragenden Werkes. Daraus geht hervor: es müssen hier zwar im allgemeinen die Kaufgrundsätze gelten, aber die Grundsätze des Werkvertrages, d. h. die der Arbeitsleistung entsprechenden Grundsätze treffen insoweit zu, als der erste Teil der Pflichttätigkeit des Unternehmers, nämlich die Herstellung des Erzeugnisses, in Betracht kommt. Daher ist der Vertrag zutreffend Werkskauf zu nennen.[1])

Schon vor 30 Jahren habe ich darüber mit Rücksicht auf das französische Recht Folgendes entwickelt:[2])

„In Wahrheit ist es ein Kaufgeschäft, denn die Parteien wollen die Eigentumsübertragung einer Sache; allein, während beim Kauf einer *res certa jam existens* der dingliche Vertrag keines Vorbereitungsaktes, und beim Kauf eines Genus nur der Ausscheidung bedarf, ist hier der dingliche Vertrag erst möglich, nachdem die Sache ausgearbeitet und fertiggestellt ist. Da nun das Versprechen der Eigentumsübertragung zugleich das Versprechen enthält, alles zu tun, was nötig ist, um die Eigentumsübertragung zu ermöglichen, so verspricht der Verkäufer beim Werkverding, daß er die Sache fertig stellen werde. Durch dieses Versprechen übernimmt er nun accessorisch dieselben Verbindlichkeiten, welche bei der Dienstmiete das Prinzipale sind. Auf diese Weise wird allerdings

[1]) Der Ausdruck Werklieferungsvertrag ist farblos und juristisch nichtssagend.

[2]) Auch in Gesammelten Abhandl. S. 82.

der Vertrag der Dienstmiete sehr nahe gerückt, und es erklärt sich, daß sowohl für die Periode der Fertigstellung als auch für die Garantie des Fertiggestellten dieselben Regeln gelten, wie bei der *locatio operis.*" ....

II. Im großen ganzen ist dies nun auch der Standpunkt des B.G.B., und zwar gilt hier Folgendes: eigentlich besteht der Vertrag nur darin, daß eine von dem Unternehmer (eigenpersönlich) hergestellte Werksache übertragen werden soll; daß er sie herstellt, ist bloß Vorbereitungshandlung und gehört mithin nicht zu dem eigentlichen Inhalt des Vertrages, sondern nur zu dem dem Vertrag vorhergehenden Verhalten. Allein dieses Verhalten muß bereits mit in Berücksichtigung gezogen werden, soll nicht die ganze menschliche Arbeit als etwas Nichtssagendes betrachtet und bloß als Anhängsel der Sache behandelt werden. Das ginge nicht an. Darum ist das Geschäft zwar ein Kaufgeschäft, und es war daher unnötig, daß das H.G.B. in § 381 dies besonders hervorhebt;[1]) aber es müssen gewisse Regeln des Werkvertrages auf diesen Kauf Anwendung finden, und das ist im § 651 des B.G.B. auch bestimmt. Insbesondere

1. wie der Besteller in Bezug auf das künftige Werk in Gläubigerverzug kommen kann, so ist es auch schon in Bezug auf die der Ablieferung vorhergehende Tätigkeit möglich, indem er erklärt, daß er das Werk seinerzeit nicht annehmen wolle. Das galt schon im französischen Recht, und es gilt nun sicher nach dem B.G.B., §§ 649, 651. Wenn der Besteller diesen Gläubigerverzug zur Geltung bringt oder, wie das B.G.B. es nennt, kündigt, so hat er zwar die Vergütung zu leisten, jedoch abzüglich dessen, was durch die Unfertigkeit der Arbeit erspart worden ist; hierbei ist aber natürlich in Betracht zu ziehen, daß der Unternehmer vielfach unfertige Sachen nicht mehr für sich brauchen oder nur schwer an den Mann bringen

---

[1]) Wie das Überflüssige stets schädlich ist, so auch hier; denn dies hat zur Auffassung geführt, als ob solche Geschäfte völlig als Kaufgeschäfte zu behandeln wären ohne die Besonderheiten des § 651; so Staub zu diesem §. Hiergegen mit Recht Kammergericht 19. Februar 1903 JuristenZ. VIII S. 322. Es gelten die Besonderheiten des § 651, aber im übrigen die Grundsätze des Kaufs, vor allem also die Rügepflicht bei zweiseitigen Handelskäufen.

kann, weshalb ihr Wert nur insofern abgezogen werden darf, als er durch angemessene Verwertung gedeckt wird.

2. Aus denselben Gründen muß, wenn Arbeitsunmöglichkeit und Gläubigerverzug zusammentreffen, jener Grundsatz des Werkvertrages gelten, daß nur eine den bisherigen Leistungen entsprechende Vergütung nebst Auslagenersatz zu zahlen ist, §§ 643 und 645. Vgl. S. 372f., 349.

Ebenso ist der Fall zu berücksichtigen, wo die Vergütung nicht fest bestimmt, sondern einem Kostenanschlag, aber ohne Gewähr unterworfen ist; in welchem Falle der Besteller bei Kostenüberschreitung sich in Gläubigerverzug erklären (kündigen) kann, mit der Wirkung, daß die Vergütung nach Maßgabe des bisher Geleisteten verkürzt wird und die sonstigen entsprechenden Anrechnungen erfolgen, § 650, (S. 373).

3. Was die Mängelhaftung betrifft, so darf man auch hier die vorhergehende Tätigkeit nicht einfach außer Betracht lassen. Man muß wohl erwägen, daß, wenn die bisherige Arbeit etwa zu einer mangelhaften Sache führte, das Fehlende noch nachgeholt werden kann und es den Lebensverhältnissen entspricht, diese Nachholung zu erwirken. Daher hat der Besteller, sofern nur der Mangel beseitigt werden kann, zunächst die Beseitigung zu begehren, kann aber eine Beseitigungsfrist setzen, in der Art, daß nach Ablauf dieser das Beseitigungsverfahren außer Betracht bleibt; es erfolgt dann Wandel oder Preisminderung, wobei die Besonderheiten des Werkvertrags gelten, nämlich

a) die Fristen bei Bauwerken auf 5 Jahre verlängert sind, §§ 634, 638;

b) während beim Kauf eine unerhebliche Abweichung von der Norm überhaupt nicht in Betracht kommt, § 459, wird hier die Unerheblichkeit nur insofern berücksichtigt, als bei unerheblichen Abweichungen die Wandelung ausgeschlossen ist, § 634, aus dem Grunde, der oben (S. 368) erwähnt wurde.

4. Was die Verzeitung betrifft, so gilt auch hier neben dem allgemeinen Recht des Verzugsrücktritts das Recht des verzugslosen Rücktritts nach erfolgloser Fristsetzung, vorausgesetzt, daß die Verzeitung dem Besteller von nicht unerheblichem Nachteil ist, §§ 636, 634. Vgl. S. 86, 370.

III. Diese Sonderbestimmungen des Werkskaufs gegenüber dem sonstigen Kaufe können im allgemeinen keine Anwendung finden, wo es sich nicht um eine eigenpersönliche Herstellung handelt und der Schuldner die Sache ebensogut aus seiner Arbeit, wie aus der Arbeit eines Dritten her beziehen kann. Das B.G.B. spricht in dieser Beziehung von vertretbaren Sachen, vertretbar in dem Sinn, daß die eigenpersönliche Arbeit außer Betracht bleibt, § 651. Kommt es nicht auf die eigene Arbeit an, so hat es keinen Sinn, eine dem Dasein der fertigen Sache vorhergehende Tätigkeit juristisch in Betracht zu ziehen, etwa im Sinn einer „Kündigung" des Werks oder im Sinn einer Verbesserung des Mangelhaften. Daraus ergibt sich von selber, daß die Bestimmungen des Werkskaufes trotzdem dann ihre Anwendung finden müssen, wenn, obgleich die Sachen im Verkehr sonst als vertretbar gelten, sie doch im einzelnen Fall eigenpersönlicher Natur sind. Man kann hier von relativ vertretbaren Sachen sprechen,[1]) so

1. wenn die Sache vertragsmäßig in der Herstellungsstätte des Unternehmers besonders angefertigt werden soll,

2. wenn die Sache, obgleich an und für sich vertretbar, der besonderen Person anzupassen ist, z. B. durch eigenpersönliche Zutaten oder durch andere der Person entsprechende Besonderheiten; wenn etwa Nahrungsmittel für den Besteller eigens zugerichtet werden sollen, wie bei Leistungen der Küche und namentlich bei der Krankenkost.[2])

Bei derartigen vertretbaren Sachen mit sonderpersönlicher Bedeutung kommen auch die Bestimmungen von §§ 642, 643, 645 in Betracht, wenn beispielsweise der Gast für die Herstellung die nötigen Anweisungen geben sollte und sie nicht gibt, oder wenn die Leistung auf Grund der von ihm erteilten Anweisungen verunglückt; ebenso die Bestimmung der §§ 633, 634, 636 und 649. Vgl. Anhang; vgl. auch S. 242.

IV. Auch ein Immaterialgut, z. B. eine zu ersinnende und auszuarbeitende Erfindung kann Gegenstand des Werks-

---

[1]) Das „vertretbar" in § 651 ist ebenso im Sinne der besonderen Rechtseinrichtung zu verstehen, wie die Gattungssache in § 279 B.G.B.

[2]) So auch, wenn Plakate eigens herzustellen sind, vgl. Kammergericht 19. Februar 1908 J.Z. VIII S. 822.

kaufes sein, sofern sie in das Vollrecht (nicht etwa in die bloße Mitbenutzung) des Bestellers übergehen soll und der Erfinder nicht in einem Dienstverhältnis steht, kraft dessen das, was er ersinnt, dem Besteller von selbst zufällt.

V. Auch Werkskäufe können in Auslobungsweise eingegangen werden.

3. Mischverhältnisse.

§ 142.

I. Eine Verbindung von Werk- und Dienstvertrag liegt dann vor, wenn zunächst eine Vergütung für ein Werk, dann aber, falls das Werk nicht zu Stande kommt, eine Vergütung für die erfolglose Tätigkeit (oder doch mindestens ein Ersatz der Aufwendungen) versprochen wird; so z. B. falls die Bergspitze nicht erreicht, falls der Stein der Weisen nicht gefunden wird, oder falls das durch Maklertätigkeit zu erreichende Geschäft nicht zu Stande kommt, § 652. Dagegen liegt ein solcher Mischtatbestand nicht vor, wenn

1. eine (geringere) Vergütung versprochen wird, falls durch Ereignisse im Kreise beider Teile die Erreichung des Zweckes verhindert wird; denn hier ist die geringere Vergütung nur die genauere Bestimmung der schon nach den Grundsätzen des Werkvertrags sich entwickelnden Rechtsfolgen (oben S. 373); wenn

2. eine geringere Vergütung für den Fall des Gläubigerverzugs versprochen wird, denn hier wird nur die geschuldete Gegenleistung des im Verzug befindlichen Gläubigers herabgesetzt; wenn

3. das Geschäft ein Zufallsgeschäft ist, indem die Vergütung nicht für das erreichte, sondern für das möglicherweise zu erreichende Werk versprochen wird. Dies ist ebensowenig ein Mischtatbestand, wie der Kauf eines Fischzugs.

II. Werkleistungen können Nebenleistungen bei anderen Verträgen sein, z. B. das Ratgeben beim Kauf (S. 120); dann unterliegen sie als Nebenleistungen der Verjährung des Hauptgeschäfts; § 638 gilt nicht.[1])

---

[1]) R.G. 31. Mai 1905 Monatsschr. f. H.R. XIV S. 261.

D. Entgeltliches und unentgeltliches Obhutgeschäft.

I. Sachverwahrung (Hinterleger, Verwahrer).

§ 143.

I. Verwahrung ist die Übernahme einer beweglichen Sache in diejenige Pflege, welche mit ihrem Schutze unmittelbar verbunden ist; weshalb insbesondere bei organischen Sachen die Verwahrung zu gleicher Zeit die sachgemäße Behandlung, die Beiführung der entsprechenden Nahrungsstoffe usw. in sich faßt, § 688 B.G.B. Wer die Sache in Obhut bekommt, heißt Verwahrer, der andere Hinterleger.

II. Verwahrung ist die Übernahme der Pflege, nicht etwa bloß die Gewährung der Möglichkeit, einen Gegenstand in den Räumen zu belassen: die Schulanstalt oder Hochschule schließt mit den Hörern oder Schülern keinen Verwahrungsvertrag, wenn sie ihnen gestattet, die Überkleider in den Gängen aufzuhängen; und wenn auch ein Wächter aufgestellt ist, so ist er nur im Interesse der Zuhörer tätig, nicht um einer übernommenen Verwahrungspflicht zu genügen.[1]) Ebensowenig liegt ein Verwahrungsvertrag dann vor, wenn man es dem Besucher gestattet, die „Garderobe" im Zimmer oder Vorzimmer zu lassen, sie müßte denn einem besonderen Garderobeempfänger abgegeben werden.

Im übrigen kann die Obhut eine Obhut feinerer oder gröberer Art sein; dies hat Einfluß auf den Grad der Haftung, beeinträchtigt dagegen den Begriff des Verwahrungsvertrags nicht.[2]) Auch gefährliche Sachen können hinterlegt werden,

---

[1]) Vgl. auch L.G. Mühlhausen, 29. Oktober 1902, Z. franz. Ziv.R. XXXIV S. 89, O.L.G. Rostock 12. März 1902 Seuffert 58 Nr. 30.

[2]) Vgl. jedoch O.L.G. Braunschweig 5. Dezember 1902, Mugdan VI S. 227.

wobei natürlich die Lebenssorgfalt den Hinterleger zur Anzeige verpflichtet, bei vollständiger Haftung, soweit ihn ein Verschulden trifft und ein ursächlicher Zusammenhang mit einem etwaigen Schaden besteht, § 694.

III. Das Verwahrungsverhältnis wird regelmäßig durch Vertrag begründet; es kann auch durch Staatstätigkeit geschaffen werden; so vor allem durch die Tätigkeit des Nachlaßgerichts, § 1960, oder des Vormundschaftsgerichts, ferner durch gerichtliche oder staatsanwaltliche Beschlagnahme, überhaupt durch jeden Eingriff, wodurch eine Sache im Interesse der Rechtspflege oder Verwaltung zu Amtshänden gebracht wird;[1]) ebenso durch Rechtshandlung mit der Staatsgewalt, so insbesondere durch Hinterlegung im Sinne der §§ 372ff.

IV. Ist Vergütung zugesagt, so gelten über die Höhe und Zeit der Entrichtung rechtsähnlich die Grundsätze des Dienst- und Werkvertrags, §§ 689, 699. Über den Rückgabeort, § 697, vgl. S. 47.

V. Besonderheiten des Verwahrungsvertrages sind:

1. Auch bei Entgeltlichkeit hat der Hinterleger den freien Rücktritt, in der Art, daß er das Entgelt nur bis zu seinem Rücktritt zu leisten hat. Er braucht also nicht zu vergüten, was der Verwahrer während der vertragsmäßigen Zeit noch weiter verdient hätte, §§ 695, 699.

2. Auch bei Entgeltlichkeit hat der Verwahrer die Befugnis, vorzeitig die Rücknahme der Sache zu verlangen, falls ein wichtiger Grund dafür spricht (S. 270, 271). Insofern wird also der entgeltliche Verwahrungsvertrag dem (unentgeltlichen) Auftragsvertrag ähnlich behandelt, §§ 696, 671. Für 2. sprechen überwiegende Lebensbedürfnisse, für 1. der bisherige Lebensgebrauch, welcher die Vergütungspflicht für die Aufbewahrung weniger verselbständigt, als andere Gegenseitigkeitspflichten.

3. Auch bei Unentgeltlichkeit ist der Gedanke der, daß der Verwahrer zwar seine Verwahrungstätigkeit zu leisten hat, daß er aber im übrigen frei von Aufopferung sein soll,

---

[1]) Daher die Haftung des Staates, R.G. 22. April 1902, Seuffert 58 Nr. 61, wo auch frühere Entscheidungen angeführt sind.

weshalb auch hier die Aufwendungen ersetzt werden müssen, natürlich auch hier nur die Geschäftsaufwendungen, nicht der Lebensverlust, den etwa der Verwahrer bei Gelegenheit seiner Verwahrungstätigkeit erleiden sollte, § 693 B.G.B. Vgl. S. 118, 391f., 409.

4. Bei entgeltlichem wie bei unentgeltlichem Verwahrungsverhältnis ist die Aufstellung eines Ersatzmannes ausgeschlossen, § 691. Vgl. S. 19f.

Übrigens sind die Sätze zu 1, 3 und 4 nachgiebigen Rechtes; 2 nur insofern, als der Verwahrer die Verpflichtung übernehmen kann, in diesem Fall für anderwärtige Aufbewahrung zu sorgen. Vgl. auch §§ 691, 699.

5. Der Verwahrer haftet für alle Sorgfalt, der unentgeltliche nur für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten § 690. Vgl. oben S. 34.

Die unberechtigte Benutzung der Sache durch den Verwahrer verpflichtet ihn zur Haftung für allen Schaden, auch dann, wenn die Benutzung an sich eine noch so sorgfältige war; denn gerade in der Benutzung liegt das Verschulden. Vorausgesetzt ist jedoch, daß das Benutzen selber innerhalb des vertretbaren Verschuldens liegt, was z. B. nicht der Fall ist, wenn der Verwahrer nach Maßgabe der ihm obliegenden Sorgfalt irrtümlich angenommen hat, daß der Hinterleger ihm eine derartige Benutzung gestatte.

6. Verwahrung kann mit Geschäftsbesorgung verbunden sein; dann treten insofern die Grundsätze der Geschäftsbesorgung ein, also auch die Haftung für alle Sorgfalt, die Pflicht zur Herausgabe des Erlangten u. a. Vgl. S. 116f.

Auch ohne Geschäftsbesorgung hat die Verwahrung doch mit der Geschäftsbesorgung Folgendes gemein:

a) die Grundsätze über Aufwendungen gelten auch hier, §§ 693, 670 (256), vgl. oben S. 118;

b) ebenso die Grundsätze über Änderung der vertragsmäßigen Aufbewahrungsweise nach den Geboten der Zweckmäßigkeit, §§ 692, 665. Vgl. S. 390f.;

c) ebenso die Grundsätze über Verzinsung bei eigensüchtiger Geldverwendung, §§ 698, 668. Vgl. S. 118.

VI. Wird bestimmt, daß der Hinterleger nicht jederzeit beim Verwahrer die Sache zurückverlangen kann, so hat diese

Bestimmung nur dann Bedeutung, wenn sie durch ein mögliches Interesse des Verwahrers gedeckt ist, z. B. dadurch, daß der Verwahrer zu gleicher Zeit die Sache zu seiner Sicherung haben soll. Aber in diesem Fall liegt kein reiner Verwahrungsvertrag, sondern zu gleicher Zeit ein Sicherungsvertrag vor, der nach besonderen Regeln zu behandeln ist.

VII. Der Hauptfall dieser Sicherungsweise ist der Faustpfandvertrag, der schon deswegen in seinen schuldrechtlichen Beziehungen hervorgehoben werden muß, weil möglicherweise aus irgend einem Grunde das Pfandrecht nicht entsteht und daher das Verhältnis nur nach seiner schuldrechtlichen Seite zur Lösung gebracht werden kann. Der Verwahrer haftet hier für alle Sorgfalt; so insbesondere dann, wenn das Pfand ein Nutzpfand und die Verwahrung daher eine nutzliche Verwahrung ist, § 1214, und hierbei hat der Verpfänder besondere Sicherungsrechte, § 1217. Auf der anderen Seite haftet auch der Verpfänder für alles Verschulden. Was die weitere Entwicklung und die Lösung des Verhältnisses betrifft, so knüpft sie sich an die Entfaltung des dinglichen Verhältnisses an und muß deshalb dort besprochen werden; insbesondere hat der Verwahrer hierbei stets die Befugnis, zu kündigen, wenn er unter Verzicht auf sein Pfandrecht die Sache zurückzugeben bereit ist. Mit der schuldrechtlichen Seite des Verhältnisses hängt die Befugnis des Erwerbers einer durch Faustpfand gesicherten Forderung zusammen, in das Verwahrungsverhältnis bezüglich des Faustpfandes einzutreten, jedoch unter bürgschaftlicher Mithaftung des bisherigen Pfandinhabers, ein Eintritt, welcher allerdings in gewissen Fällen ohne solche Nachhaftung, in andern unter bestimmten Vorsichtsmaßregeln erfolgt, §§ 1251 B.G.B., 838 Z.P.O. Darüber im Sachenrecht.

VIII. Der gleichfalls hier einschlagende Fall der Gastverwahrung mündet in ein anderes Rechtsgebiet ein; denn der Gastwirt haftet nicht nur aus dem Verwahrungsgeschäft, sondern auf Grund seiner Gastwirtsunternehmung; er haftet in dieser Hinsicht für alle Folgen des Unrechtsverkehrs über die Vertragshaftung hinaus; darüber unten S. 501 ff.

IX. Der Verwahrungsvertrag kann auch zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen werden; ein solcher Vertrag mit Leistung an einen Dritten kann mit einer „gestreckten“, d. h.

in die Zukunft gerichteten Eigentumsübertragung verbunden sein, wovon aber im Sachenrecht zu handeln ist, vgl. §§ 372ff. Er kann aber auch in Anknüpfung an eine auflösenden Bedingung erfolgen; so bei der Nacherbschaft, wo die Inhaberbriefe in der Art hinterlegt werden sollen, daß sie nicht ohne Zustimmung des Nacherben herausgegeben werden dürfen, § 2116: der Nacherbe erwirbt dadurch ein der Verfügung des Vorerben entzogenes bedingtes Recht. Dasselbe gilt, wenn im Falle zweifelhaften Rechtes eine Sache hinterlegt wird, damit sie schließlich dem Sieger des Streits zurückerstattet werde: Streitverwahrung (Sequestration).

X. Ein Verwahrungsvertrag kann auch in der Art erfolgen, daß ein hinterlegendes Organ oder ein Vertreter sich die Rückgabe an andere Vertreter oder Organe oder an mehrere gemeinsam ausbedingt. Dies kann eine doppelte Bedeutung haben: es kann

1. lediglich die Bestimmung einer Form für die Rückgabe sein, in welchem Fall das Organ durch einen neuen Vertrag etwas anderes zu vereinbaren vermag; es kann aber auch

2. die Bedeutung haben, daß die Verfügungsfähigkeit des Organs beschränkt wird, sodaß es auch durch einen neuen Vertrag nicht anders bestimmen kann; dies ist der Fall in den gesetzlich benannten Fällen des Vormundschaftsrechts, §§ 1814, 1818, 1819 B.G.B. Vgl. auch § 137 K.O. und I S. 584.

II. Wertverwahrung.

§ 144.

I. Handelt es sich um die Verwahrung nicht einer Sache, sondern eines durch vertretbare Sachen darzustellenden Wertes, so liegt eine Wertverwahrung vor (Depositengeschäft). Dieses Geschäft ist nach seinem wirtschaftlichen Gedanken die Verwahrung eines Wertes, juristisch eine Eigentumsübertragung, d. h. eine volle Vermögensübertragung von Sachen, mit der Verpflichtung, Gleichwertsachen ebenso, d. h. am gleichen Ort und zu gleicher Zeit zu erstatten, wie wenn ein Verwahrungsvertrag abgeschlossen worden wäre, §§ 697, 700 (S. 9 und 47). Daher steht dem Hinterleger die beliebige Rückforderung und dem Verwahrer die entsprechende Kündigung zu und daher hat

der Verwahrer den Wert bloß am Orte der Verwahrung, d. h. da, wo er ihn empfangen hat, herauszugeben. Auch hier gilt der Satz, daß der Wert als solcher kein Rechtsobjekt sein kann, und daß daher ein derartiger wirtschaftlicher Zustand nur herbeigeführt werden kann durch Eigentumsübertragung unter Verpflichtung der Rückzahlung in Gegenständen der gleichen Art, § 700.

II. Die Wertverwahrung ist kein Darlehn; bei ihr wird der Wert zur Verwahrung übergeben, beim Darlehn zum Gebrauch. Allerdings berührt sich beides, weil das Verwahren des Wertes zugleich mit dem Verbrauch der den Wert darstellenden vertretbaren Sachen verbunden sein kann. Doch bleiben immerhin bedeutende Unterschiede, wie sich schon aus dem obigen ergibt: namentlich auch in der Art, daß der Verwahrer dafür zu sorgen hat, daß der Wert stets gedeckt ist: das Gegenteil davon wäre Verletzung der Treupflicht; während es sich beim Darlehn lediglich um Nichterfüllung einer Schuldpflicht handelt.

III. Doch gelten folgende Sätze, welche das Geschäft dem Darlehn annähern:

1. für die Innehabung des (in seinen einzelnen Stücken verwendbaren und dadurch fruchtbar zu machenden) Wertkapitals kann eine Zeitvergütung vereinbart werden, und diese richtet sich nach den Zinsgrundsätzen beim Darlehn;

2. ein solcher Wertverwahrungsvertrag kann beiderseits in der Art bindend abgeschlossen werden, daß der Verwahrer, auch wenn er das „Depot“ zurückweist, die „Depositenzinsen“ zu zahlen hat.

IV. Möglicherweise ist der Verwahrungsvertrag zunächst ein Sachverwahrungsvertrag mit der Befugnis des Verwahrers zur Aneignung der Stücke und zur Umwandlung in ein Wertverwahrungsverhältnis, welche Umwandlung sich durch Aneignungshandlung vollzieht, § 700. Bezüglich der Wertpapiere, bei welchen dieses Verhältnis besonders bedeutsam ist, bestehen soziale Bestimmungen (§ 700), die, soweit es sich um kaufmännische Verwahrer handelt, im sogen. Depotgesetze vom 5. Juli 1896 verschärft worden sind (ausdrückliche Übereinkunft, § 700, ausdrücklich und schriftlich, Depotgesetz § 2).

V. Von der Werthinterlegung verschieden ist der Verwahrungsvertrag mit dem Rechte der Vermengung, durch welchen der Verwahrer die Befugnis erhält, vertretbare Sachen, die bei ihm als Sondersachen hinterlegt worden sind, zusammenzumischen.

Durch das Zusammenmischen entstehen besondere dingliche und schuldrechtliche Beziehungen; dingliche, indem sich aus dem Einzeleigentum ein Miteigentum der Hinterlegenden nach §§ 948, 947 entwickelt; schuldrechtliche, indem der Verwahrer verpflichtet ist, dem Hinterleger statt seiner Sondersache eine Masse aus dem Gemenge zu geben, deren Betrag seinen Anteil an dem Gemenge entspricht; endlich sachen- und schuldrechtliche insofern, als der Verwahrer durch solche Herausgabe das Miteigentum lösen kann und soll, sodaß er befreit ist, auch wenn etwa nach der Herausgabe an den einen „Einlagerer“ der Rest des Gemenges zufällig untergeht und den übrigen Miteigentümern nichts mehr geleistet werden kann.

Solche Verträge kommen namentlich im Verkehr mit Lagerhäusern vor, § 419 H.G.B.

E. Unentgeltliche Gebrauchsüberlassung und Dienstleistung.

I. Allgemeines.

§ 145.

I. Unentgeltliche Gebrauchsüberlassung und unentgeltliche Dienstleistung muß der Schenkung gleichgestellt werden,

1. in der Art, daß der Gebrauchsgeber oder Dienstleistende nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet; er haftet daher nicht für einfaches Verschulden, er haftet insbesondere nicht für den Zufall. Daraus ergibt sich von selber der Fall, wenn jemand einen anderen aus Guttat in den Wagen nimmt und wenn sodann infolge eines Scheuwerdens der Pferde Wagen und Gast verunglücken. Daß der Inhaber des Gefährtes hier nicht als Tierhalter haftet, wird sich unten (S. 498) ergeben; aber er haftet auch nicht für leichte, sondern nur für grobe Fahrlässigkeit.

2. Wer schenkweise Gebrauchsüberlassung oder Dienste verspricht, kann sich insofern auf den § 519 beziehen, als die Leistung nicht von ihm eingetrieben werden kann, wenn er dadurch selber um seinen standesgemäßen Unterhalt käme.

II. Etwas besonderes aber gilt von denjenigen unentgeltlichen Dienstleistungen, die in Geschäftsbesorgung bestehen: hier wird das Verhältnis zum Auftragsverhältnis; man spricht hier vom Auftraggeber und vom Beauftragten, § 662. Der Auftragsvertrag ist der Vertrag über eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung, im Interesse sei es des Auftraggebers oder eines Dritten.

II. Auftragsverhältnis.

§ 146.

I. Der Auftragsvertrag verpflichtet zur Geschäftsbesorgung nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen oder der späteren Vereinbarungen; jedoch mit Möglichkeit der vernünftigen Abweichung, auch ohne neue Vereinbarung, wenn Gefahr im Auf-

schub liegt, §§ 662, 665. Er verpflichtet ferner zu dem mit der Geschäftsbesorgung Verbundenen, wovon früher die Rede war, nämlich zur Anzeige der besorgten Geschäfte, zu Rechenschaftsablegung und Verrechnung, d. h. Herausgabe des durch Geschäftsbesorgung Gewonnenen, §§ 666—668. Vgl. oben S. 117f. Der Geschäftsbesorger haftet, wie S. 33 erwähnt, für alles Verschulden;[1]) dies, obgleich die Geschäftsbesorgung durch unentgeltlichen Dienstvertrag übernommen wurde. Die unentgeltliche Geschäftsbesorgung ist aktiv und passiv höchst persönlich (laut nachgiebigen Rechts), § 664, vgl. oben S. 19f., 162.

II. Auch bei der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung kann man bald auf die geschäftsbesorgenden Dienste den Hauptnachdruck legen, bald auf das besorgte Geschäft; jedoch greift der Unterschied natürlich nicht so tief, wie bei den entgeltlichen Verhältnissen, und bedarf keiner näheren Ausführung. Vgl. jedoch unter IV.

III. Der Auftraggeber ist verpflichtet zum vorschüßlichen Ersatz[2]) der Geschäftsaufwendungen, d. h. der außerhalb der Dienstleistung liegenden Aufopferungen für das Geschäft, §§ 669, 670; außerhalb der Dienstleistung, denn die Dienstleistung vollzieht der Beauftragte unentgeltlich. Zu den Aufwendungen gehört nicht nur, was er unmittelbar in der Verfolgung der Auftragstätigkeit an Vermögen geopfert hat, sondern auch, was er an Vermögen geopfert hat, um durch solches Opfer den Zweck des Auftrages zu erreichen; so wenn er beispielsweise seinen Mantel übergeworfen hat, um die brennenden Wertpapiere des Auftraggebers zu retten. Ersetzt werden die Aufwendungen für das Geschäft, nicht die Verluste, welche der Beauftragte bei der Geschäftsführung persönlich erleidet, z. B. wenn er dabei angegriffen oder bestohlen wird; er kann zwar verlangen, daß die Geschäftsopfer ersetzt werden, nicht aber die Lebensopfer und Lebensverluste. Für letzteres besteht kein Rechtsgrund; es wäre ein ungesunder Gedanke, anzunehmen, daß er sich und seine Habe der Auftragstätigkeit für den Fall opfere, daß dabei ihm oder seinem Vermögen irgend ein Schaden zu-

[1]) Natürlich nicht für mehr; hat er mit der nötigen Sorgfalt gehandelt, so hat er für den Erfolg nicht einzustehen, R.G. 7. November 1903 J.W. IX S. 217.

[2]) Vorschüßlicher Ersatz, darum Gegenseitigkeitsvertrag!

stieße: wer für einen anderen eine Reise macht, opfert sich keineswegs für den Fall, daß ihm dabei sein Geld gestohlen wird, oder daß er dabei mit einem gefährlichen Nachbarn zusammentrifft. Man könnte allerdings versucht sein, einen Rechtsgrundsatz in der Art aufzustellen, daß der Beauftragte bei Vollziehung des Auftragsvertrages vollständig schadlos bleiben und darum für die dabei eintretenden Schicksalsschläge gedeckt werden solle; ein solcher Satz aber läßt sich nicht sittlich und nicht rechtlich begründen; es müßte denn sein, daß mit diesem Schaden zu gleicher Zeit ein Gewinn für den Auftraggeber verbunden war, so z. B. wenn ein Dieb die Sache des Auftraggebers als Angriffspunkt genommen und aus Versehen die des Beauftragten gestohlen hätte, in welchem Falle eben gerade durch den Verlust der letzteren Sache die erstere gerettet worden ist: nur für diesen Fall ist eine Ersatzpflicht gerechtfertigt; denn in dem Rettungsverlust liegt ein unwillkürliches Opfer, und damit eine Aufwendung.

IV. Wird ein Geschäft ausgeführt, das von dem in Auftrag gegebenen im wesentlichen abweicht, so ist dies ein andersartiges Werk und kann abgelehnt werden; wenn ein mangelhaftes, so kann Verbesserung begehrt und allenfalls das mangelhafte Werk wie ein andersartiges Werk zurückgewiesen werden, letzteres wenn die Besserung nicht möglich ist oder in gesetzter Frist nicht bewirkt wird. Es gilt die Rechtsähnlichkeit des Werkvertrags, unter Berücksichtigung der Unentgeltlichkeit.[1])

V. Auch das Auftragsverhältnis begründet eine vertragsmäßige Bindung, jedoch

1. nicht gegen die geschäftsherrliche Freiheit,

2. nicht gegen die Rücksichten der Unentgeltlichkeit,

3. unter steter Betonung der höchst persönlichen Art der Leistung, §§ 671—674.

Daraus ergeben sich besondere Gründe der Beendigung des Auftragsverhältnisses.

Also:

Zu 1. Der Auftraggeber hat die Befugnis, jederzeit zu widerrufen und dadurch das Verhältnis zu lösen. Etwas anderes kann nicht bedungen werden, auch wenn die Geschäftsbesorgung die Interessen eines Dritten ins Auge faßt; denn

[1]) Vgl. R.G. 14. April 1904 J.W. XXXIII S. 289.

im Wesen des Auftrags liegt es, daß der Auftraggeber Herr des Geschäftes bleibt.

Zu 2. Aus der Unentgeltlichkeit ergibt sich, daß der Beauftragte ein Kündigungsrecht hat, worüber oben S. 273 gehandelt worden ist.

Zu 3. Der Tod des Beauftragten beendet das Auftragsverhältnis mit Rücksicht auf die persönliche Seite des Tuns (oben S. 273); nicht die bloße Geschäftsbeschränkung: die Geschäftsunfähigkeit insofern, als es sich um Rechtsgeschäfte, nicht insofern, als es sich um vorbereitende Tätigkeiten handelt. Dagegen liegt kein Grund vor, daß der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers erlösche; denn meist handelt es sich um Interessen, die seinen Tod überdauern, und bei denen es gerade wesentlich ist, daß sie nicht durch seinen Tod bloßgestellt werden; vorbehaltlich natürlich des Rechtes der Erben, das Verhältnis zu widerrufen, wenn sie es für gut finden. Gleiches gilt von der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers; dagegen gilt nicht Gleiches von dem Konkurs, soweit es sich um einen Auftrag handelt, der sich auf das Konkursvermögen bezieht, weil das Vermögen nunmehr dem Beschlagsrechte der Gläubiger unterliegt und somit diesen die volle Verwaltung übertragen ist: einerseits stoßen hier die Interessen der Gläubiger mit denen des Gantschuldners häufig zusammen, und andererseits ist durch die sofortige Ernennung des Konkursverwalters die Möglichkeit alsbaldiger sachgemäßer Fürsorge von selbst gegeben, § 23 K.O.; welche Bestimmung sich auch auf entgeltliche Geschäftsbesorgung erstreckt (S. 346, 370).

Doch kann die persönliche Art des Verhältnisses gesteigert sein; es kann sich um Interessen handeln, die nur zu Lebzeiten des Auftraggebers bedeutsam sind; so wenn jemand einen Freund beauftragt, ihm eine Reisewohnung zu besorgen. Auch bei juristischen Personen wird eine Geschäftsbesorgung häufig so gedacht sein, daß sie bei Endigung der juristischen Person als bedeutungslos wegfällt. In solchen Fällen enthält der Auftragsvertrag die Bestimmung, daß die Geschäftsbesorgung nicht nach dem Tode stattfinden soll. Für die Beziehungen, welche sich hieraus entspinnen, ist auf das Obige (S. 118f.) zu verweisen, § 672, 674.

F. Gemeinschaftsbeziehungen.

I. Gesellschaftsverhältnis.

1. Allgemeines.

§ 147.

I. Gesellschaft nach dem B.G.B. ist eine persönliche Vermögensgemeinschaft, die darauf abzielt, mit gemeinschaftlichem vermögensrechtlichem Wirken bestimmte Zwecke zu erreichen, welche irgend welcher erlaubten vernünftigen Art sein können, nicht nur Vermögenszwecke, sondern auch Zwecke persönlicher oder idealer Richtung. Auch kann der Vermögenszweck ein besonderer und ein allgemeiner sein: eine Gesellschaft kann sogar einfach zum Zwecke des Vermögenserwerbs gegründet werden: hier liegt die Begrenzung nicht im Zweck, sondern in der Art der Geschäfte, und diese kann im Gesellschaftsvertrag mehr oder minder bestimmt sein, § 705.

Die Gesellschaft kann allerdings auch dahin zielen, daß Leistungen nicht vermögensrechtlicher Art und daß Unterlassungen zugesichert werden; immerhin ist sie auch insofern als Vermögensgemeinschaft zu bezeichnen, als sie durch das Schuldrecht zusammengehalten wird, dem Leistungen und Unterlassungen unterliegen, und das Schuldrecht haben wir aus den obigen Gründen (S. 2) dem Vermögensrecht angegliedert.[1])

II. Die Gesellschaft enthält

1. ein schuldrechtliches Verhältnis, welches jeden Gesellschafter verpflichtet, sich zu Gunsten der Gesellschaftszwecke in bestimmter Weise aktiv oder passiv zu verhalten,

2. ein gegenstandsrechtliches Verhältnis, indem ein Gesellschaftsvermögen gebildet wird, das dem Dienste dieser Zwecke bestimmt ist.

---

[1]) Daher die etwas vorsichtige Fassung des § 705.

III. Das Gesellschaftsverhältnis verlangt ein Gesellschaftsvermögen, welches einem gemeinschaftlichen Zwecke, und zwar einem von den Gesellschaftern gemeinsam zu erstrebenden Zwecke dient. Dies schließt nicht aus, daß einzelne Gesellschafter aus der Geschäftsführung wegbleiben müssen; es schließt auch nicht aus, daß einzelne Geschäfte Dritten gegenüber im Namen bloß eines Gesellschafters abgeschlossen werden: aber es schließt aus, daß die ganze Geschäftsführung im unmittelbar juristischen Erfolg bloß für den einen stattfindet, sodaß der andere nur schuldrechtlich am Erfolg beteiligt ist: in einem solchen Falle liegt keine gesellschaftliche Geschäftsführung, sondern eine Geschäftsführung des einzelnen vor. Deshalb gehört nicht hierher

1. die stille Gesellschaft; diese ist keine Gesellschaft, sondern ein Kreditverhältnis mit gesellschaftsähnlicher Beteiligung an Gewinn und Verlust.

2. Es gehört nicht hierher das Dienstverhältnis, bei welchem der Dienstleistende nach bestimmten Sätzen am Geschäftsergebnis beteiligt wird. Dies ist ein lediglich Dienstverhältnis mit einer bestimmten Art der Vergütung. Weder im ersten noch im zweiten Fall hat der Gewinnbeteiligte irgendwie in die Geschäftsführung hinein zu reden: die Geschäftsführung ist eine Einzelgeschäftsführung, keine gesellschaftliche. Er hat nur die Befugnis, aus dem Kreditverhältnis oder dem Dienstverhältnis Einwand zu erheben, falls die Geschäftsführung eine Wesenheit annimmt, die dem ursprünglichen Sinn des Vertrages widerspricht; er hat auch Anspruch auf Einblick in die Bücher, soweit es nötig ist, um seine Rechte zu wahren, namentlich auch was die Berechnung des Gewinnanteils betrifft (S. 347, 401).[1]

2. Rechtsbeziehungen.

a) Gegenstandsrechtliche Beziehungen.

§ 148.

I. Das Verhältnis der Gesellschafter zum Vermögen ist ein Verhältnis des Sachenrechts (Gegenstandsrechts)[2], das

[1] Vgl. H.G.B. § 338; Kammergericht Berlin 24. November 1900, Seuffert 56 Nr. 157.

[2] Vgl. R.G. 17. April 1903, Entsch. 54, S. 297, 11. Dezember 1903, J.W. XXXIII S. 61.

dort seine nähere Schilderung finden wird. Hier ist nur hervorzuheben:

1. es ist kein Bruchteilsrecht, sondern ein Gemeinschaftsrecht mit wandelbaren Anteilen, und zwar nicht nur, was die Einzelgegenstände betrifft (wie solches auch bei der Erbengemeinschaft der Fall ist)[1]), sondern auch, was das Gesellschaftsvermögen als Ganzes betrifft, indem auch die Anteile am Ganzen durch die Einlageverhältnisse und durch andere Rechtsschicksale während der Gesellschaft sich immer und immer wieder wandeln, wachsen und schwinden, §§ 719, 720;[2]) ferner:

2. es ist eine Gemeinschaft mit Zwangsteilung, indem dinglich bestimmt ist, daß bei der Auseinandersetzung zunächst die Gesellschaftsschulden und sodann die Aufwendungen bestritten und dann erst die Einlagen (die gegenständlichen Einlagen, nicht die Dienste) zurückvergütet werden, § 733.[3])

3. Das gegenstandsrechtliche Verhältnis ist mit einem personenrechtlichen in der Art verbunden, daß die Gemeinschaftsbeziehung sich als eine höchst persönliche darstellt, so daß ohne allseitige Zustimmung kein anderer in die Gemeinschaft eingeschoben werden kann: sie ist eine höchst persönliche nicht nur nach der Seite des Sollens, sondern auch nach der Seite des Könnens hin, indem kein neuer Gemeinschaftsgenosse ohne Gestattung der anderen eintreten **kann**; der Gesellschafter vermag daher seine Beteiligungsrechte nicht zu veräußern, und eine Veräußerung ist auch nicht auf dem Wege der Deckung und der Vollstreckung möglich. Möglich ist nur eine Pfändung zum Zwecke des Zugriffs auf das bei der Auflösung dem Einzelnen zuzuweisende Vermögen, § 725

---

[1]) Daher ist keine Hypothek an dem Anteil eines Gesellschafters an Gesellschaftsgrundstücken möglich, vgl. § 1114; Kammergericht 9. Dezember 1901, Entsch. freiw. Gerichtsb. III S. 43, O.L.G. Kolmar, 9. Dezember 1901, Z. Els. Lothr. 27 S. 144.

[2]) Ist daher ein für die Gesellschaft bestimmtes Grundstück nach Bruchteilsrecht eingetragen, so kann begehrt werden, daß die Umschreibung in der Art erfolgt, daß das für die Gemeinschaft maßgebende „Rechtsverhältnis“, d. h. das Gesellschaftsverhältnis im Grundbuch bezeichnet werde, § 48 Grundb.O., R.G. 7. März 1903 Entsch. 54, S. 103.

[3]) Das Institut der Zwangsteilung habe ich zuerst im Arch. f. ziv. Praxis 91, S. 309f. entwickelt.

B.G.B., § 859 Z.P.O.[1]) Der Gedanke des Gesellschaftsrechts ist eben nicht nur, daß bestimmte Zwecke aus dem Gemeinschaftsvermögen erzielt werden, sondern auch, daß sie unter den gleichen Personen und durch die gleichen Personen erzielt werden.

4. Die Gesellschaft kann aus mehr als zwei Personen bestehen (S. 276).

Daraus geht hervor, daß sie dieselbe bleiben kann, wenn auch eine Person austritt oder eintritt. In der Tat ist der Austritt einer Person unter Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses im B.G.B. besonders vorgesehen, §§ 736—740. Aber auch der Neueintritt einer Person ist unbedenklich, sei es, daß diese an Stelle eines Austretenden einrückt oder daß sie neu hinzutritt, sodaß sich die Zahl der Gesellschafter vermehrt und der Anteil eines jeden entsprechend verringert. Wie bei Austritt eine Zuwachsung an die übrigen stattfindet, so bei diesem Neueintritt eine Abwachsung.

Wer auf solche Weise eintritt, übernimmt nicht etwa die bisherigen Gesellschaftsschulden ohne weiteres; zu einer solchen Bestimmung hat sich unser bürgerliches Recht nicht verstanden. Wohl aber übernimmt er die bisherigen Gesellschaftsschulden insoweit, als sie das Gesellschaftsvermögen belasten, d. h. er ist insoweit verpflichtet, als die Deckung aus dem Gesellschaftsvermögen gewonnen wird, sodaß mithin auch sein Teil des Gesellschaftsvermögens der Deckung dienen muß.

II. Das Gesellschaftsvermögen ist gemeinsames Vermögen der Gesellschafter: wo immer daher alle Gesellschafter schuldrechtlich haften, kann dieses Vermögen zur Deckung verwendet werden, § 736 Z.P.O.; dies ohne Rücksicht darauf, ob die Schulden aus der Gesellschaft oder aus anderem Ursprung stammen. Es gibt daher keinen Gesellschaftskonkurs, bei welchem etwa die Gesellschaftsgläubiger allein sich anzumelden haben, sondern es gibt nur eine Vollstreckung gegen sämtliche Gesellschafter, bei welcher sich, ohne Rücksicht auf den Ursprung der Schuld, alle diejenigen Gläubiger beteiligen können, welche Gläubiger sämtlicher Gesellschafter sind; während allerdings, wenn nur der eine oder der andere der

[1]) Vgl. Oberst. L.G. München 7. Oktober 1904, Seuffert 60 Nr. 52.

Gesellschafter haftet, nur sein Nettoanteil am Gesellschaftsvermögen in Angriff genommen werden kann.[1])

Nur bezüglich der künftigen Zwangsteilung kommt es in Betracht, ob die Schulden sämtlicher Gesellschafter aus der Gesellschaft herrühren oder nicht; denn der Satz, daß die Einlagen erst nach Tilgung der Schulden zurückbezahlt werden, bezieht sich nur auf Gesellschaftsschulden, nicht auf andere.

III. Der Hauptfall allerdings, wo sämtliche Gesellschafter haften, ist der Fall der Gesellschaftsschulden. Von diesen gilt der Grundsatz:

Für Gesellschaftsschulden haften sämtliche Gesellschafter in der Art, daß die Gläubiger im Gesellschaftsvermögen ihre Deckung suchen können; daher haftet in dieser Weise auch der neu eingetretene Gesellschafter für die bisherigen, vor seiner Zeit gemachten Gesellschaftsschulden.[2]) Vgl. S. 18, 397.

IV. Von wem das Gesellschaftsvermögen stammt, ist unwesentlich.

1. Die Regel ist, daß es durch gemeinsame Beiträge hergestellt wird, § 706. Allein dies ist nur die Regel; es kann durch Zuwendungen aller Art gebildet werden, und namentlich ist es möglich, daß jemand Schenker für eine Gesellschaft ist, ohne sich als Gesellschafter zu beteiligen; ebenso wie umgekehrt jemand als Gesellschafter aufgenommen werden kann, ohne eine Einlage zu machen. Ein auf solche Weise geschenktes Vermögen ist Gesellschaftsvermögen und unterliegt den Rechtsgrundsätzen dieses.

Im übrigen gelten folgende Sätze:

a) Die Beitragspflicht ist eine Pflicht nicht zur Leistung in das freie Vermögen der übrigen Gesellschafter, sondern zur Leistung in das gebundene Gesellschaftsvermögen. Daraus ergibt sich von selbst: forderungsberechtigt sind die übrigen Gesellschafter nur in ihrer Eigenart als Gesellschaftsgenossen und für das Gesellschaftsvermögen: daher gehört der Anspruch auf Beitrag ebenfalls zum Gesellschaftsvermögen;[3]) ferner

---

[1]) O.L.G. Kiel 21. September 1903, Mugdan VIII S. 81.

[2]) Dies ergibt sich aus § 733 B.G.B.; im übrigen liegt Deckungsunfähigkeit vor.

[3]) Dies gilt auch vom Beitrag der §§ 735, 739 (unten S. 401, 408f.). Vgl. R.G. 17. April 1903, Entsch. 54 S. 297.

handelt es sich hier nicht um gegenseitige Leistungen hin und zurück, und die Gesetzesbestimmungen über Austauschleistungen finden daher keine Anwendung, wie bereits oben (S. 276) bemerkt worden ist.

b) Als Beitrag gelten

α) Gegenstände, die entweder in das volle Recht (Eigentum) oder bloß in das Gebrauchsrecht der Gemeinschaft übergehen sollen; ersteres ist (kraft nachgiebigen Rechts) bei vertretbaren und verbrauchbaren Sachen der Fall, und ebenso bei Gegenständen, die mit einer Schätzung eingebracht werden, sofern die Schätzung nicht bloß Berechnungsmittel ist, § 706;

β) Dienste und Zustandsleistungen aller Art, auch ein Unterlassen. Auf diese Weise bietet der Gesellschaftsvertrag eine Verbindung dessen, was bei Tauschgeschäften als Kauf-, Dienst- und Werkvertrag auseinanderfällt: er hat es mit Gegenstandsleistungen, wie mit Dienstleistungen und Ergebnissen zu tun, § 706. Vgl. S. 229f.

In dieser Beziehung ist zu bemerken:

αα) Das Gebrauchsrecht an den nicht zu Eigentum eingebrachten Einlagegegenständen ist nicht etwa so aufzufassen, als ob sie miet- oder pachtweise übergeben würden. Vielmehr ist das Gebrauchsrecht ein persönliches Dienstbarkeitsrecht, welches der Gesellschaft (den Gesellschaftern) an den Gebrauchsgegenständen zusteht, in der Art, daß dieses Recht den Gesellschaftern in Gemeinschaftsweise zukommt und zwar auf solange, als die Gesellschaft besteht; daraus folgt auch, daß der Gesellschafter durch Begründung dieses Rechts von seiner Gesellschaftspflicht befreit ist: er hat also nicht etwa dafür zu sorgen, daß der Gegenstand stets in gutem Zustand erhalten wird; das ist Sache der Gesellschaft. Ob dieses Recht einzutragen ist, kann erst später in der Lehre von den dinglichen Rechten erörtert werden, ebenso wie der Satz, daß es durch Tod oder Ausscheiden eines Gesellschafters nicht untergeht. Das Recht erlischt mit der Gesellschaft, jedoch so daß es während des vorbereitenden Abwicklungszustandes (unten S. 407) für die Zwecke der Abwicklung noch fortbesteht, §§ 730, 732.

ββ) Was Dienste betrifft, so erstreckt sich, wie S. 394 bemerkt, auch hier das Schuldrecht über die Grenzen des

Vermögens hinaus. Wie nichtvermögensrechtliche Schulden Dritter zum Gesellschaftsvermögen gehören können, so kann auch die geschuldete Gesellschaftstätigkeit aus Nichtvermögensleistungen bestehen, z. B. wenn der Gesellschafter einer Fabrik es übernimmt, für die religiöse Erbauung der Arbeiter zu wirken; vorausgesetzt natürlich, daß eine solche Leistung mit dem Gesellschaftszweck zusammenhängt, was aber hier ebenso der Fall sein kann, wie wenn ein Gesellschafter als Arzt für die Gesundheit der Arbeiter tätig sein will.

γγ) Auch das Nichttun kann Gesellschaftsleistung sein, insbesondere die Unterlassung einer bestimmten Art von Wettbewerb, die Unterlassung einer bestimmten Geschäftsführung: die Unterlassungsleistung kann Gesellschaftsleistung sein, ebenso wie die Unterlassungspflichten Dritter zum Gesellschaftsvermögen gehören können. So bei „Industriekartellen", vorausgesetzt nur, daß durch das gegenseitige Unterlassen nicht etwa bloß der Geschäftsstand jedes Einzelnen gehoben, sondern die allgemeine Lage der Kartellbeteiligten gefördert und zu diesem Zweck eine gemeinsame Regelung, Überwachung und Ausführung der Kartellgrundsätze geschaffen werden soll.[1])

c) Die Beitragspflicht ist eine schuldrechtliche Verpflichtung; sie ist (kraft nachgiebigen Rechts) eine gleiche; sie kann eine sofortige wie eine spätere sein; kraft nachgiebigen Rechts ist sie eine sofortige und nur eine sofortige, §§ 706, 707.

d) Es kann eine künftige Erhöhung des Gesellschaftsbeibringens bedungen werden. Dies hat keinen Anstand, wenn die künftigen Beträge genau bestimmt sind; sind sie aber unbestimmt gehalten, so muß einem jeden Gesellschafter die Befugnis der Kündigung zustehen, sobald die verlangten Beträge das nach den Umständen voraussehbare Maß übersteigen; denn dies ist ein wichtiger Grund der Kündigung (§ 723).

Im übrigen gilt Folgendes:

Eine Erhöhungspflicht kraft Gesetzes besteht

α) während der Dauer der Gesellschaft nicht, auch nicht, wenn es zur Schuldendeckung oder zur Beschwörung von

---

[1]) Über die Kartellfrage vgl. Rundstein, Recht der Kartelle S. 20 f., sodann meine Bemerkungen: Aus dem Patent- und Industrierecht I S. 86, Enzyklopädie I S. 696.

Gefahren der Gesellschaft als notwendig erscheint, § 707; auch nicht insofern, als die Beteiligung des Gesellschafters unter Null steht. Daß sämtliche Gesellschafter den dritten Gläubigern meist mit ihrem ganzen Vermögen haften, steht damit nicht in Widerspruch; die Ausgleichung unter ihnen erfolgt in solchem Falle gesamtschuldnerisch, nicht kraft Gesellschaftsbeitrages. Dagegen kann ein Gesellschafter für seine Geschäftsführungsforderung nur aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung finden: er ist nicht ein dritter Gläubiger und wird nur innerhalb des Gesellschaftskreises befriedigt.

Eine künftige Erhöhungspflicht kraft Gesetzes besteht aber

β) nach Beendigung der Gesellschaft oder beim Ausscheiden in der Art, daß die einzelnen nach Verhältnissen der Verlustbeteiligung für den Fehlbetrag aufzukommen haben, §§ 735, 739.

2. Außerdem gehören zum Gesellschaftsvermögen nicht etwa die mittelbaren Ersatzstücke, also nicht dasjenige, was mit dem ursprünglichen Vermögen weiter erworben wird: ein solcher Satz würde zu tief in das Bestimmungsrecht und in das freie Schalten der Vermögenskräfte eingreifen, sondern nur

a) die unmittelbaren Ergebnisse, d. h. was durch Geltendmachung des Vermögensrechts erworben wird, also insbesondere die Erfüllungsleistungen und Deckungsergebnisse,

b) die unmittelbaren Ersatzstücke, d. h. was als Ersatz für ein gegen das vorhandene Gesellschaftsvermögen verübtes Widerrecht erworben wird, § 718 (S. 471);

endlich und vor allem

c) der Erwerb durch Geschäftsführung für die Gesellschaft, ohne Rücksicht, ob mit Gesellschaftsvermögen oder mit eigenem Vermögen, sofern etwas entweder namens der Gesellschaft erworben oder nachträglich durch Geschäftsführungstätigkeit in die Gesellschaft eingebracht worden ist, § 718.

V. Aus dem gegenständlichen Recht ergibt sich die gegenstandsrechtliche Geschäftsführungsbefugnis, aus dem schuldrechtlichen die schuldrechtliche. Beide sind bei unserer Gesellschaft gegeben, während bei der bloß schuldrechtlichen Gesellschaft nur von einer schuldrechtlichen Geschäftsführungsbefugnis die Rede sein kann, indem der stille Gesellschafter die Befugnis hat, die Zulassung zu einer gewissen Sachprüfungstätigkeit zu verlangen (oben S. 395).

Die gegenstandsrechtliche Geschäftsführungsbefugnis betätigt sich durch die Befugnis, an das Vermögen in einer der Geschäftsführung entsprechenden Weise heranzutreten. Wer daher den geschäftsführenden Gesellschafter hindert, hindert ihn an der Ausübung seines gegenständlichen Rechtes, sodaß hier die nämlichen Grundsätze gelten, wie beim Organ einer juristischen Person (I S. 339); denn auch hier handelt der Gesellschafter nicht als Beauftragter, sondern kraft Eigenrechts. Wer dagegen den Gesellschafter bloß an der schuldrechtlichen Tätigkeit hindert, begeht einen schuldrechtlichen Verstoß und kann daher nur durch das Mittel des Schuldrechts, also auf dem Wege des Prozesses zu seiner Pflicht gerufen werden.

VI. Die gegenstandsrechtliche Geschäftsführungsbefugnis geht aus dem Gemeinschaftsrecht hervor, sie beruht nicht auf einer Beauftragung und einer in der Beauftragung liegenden Zustimmung. Daraus ergibt sich Folgendes:

1. Die Geschäftsführungsbefugnis kann, wenn sie durch Gesellschaftsvertrag geordnet ist, dem Geschäftsführer nur aus einem wichtigen Grund (ohne seine Zustimmung) entzogen werden, § 712.

2. Ist die Geschäftsführung geteilt, so sind die etwaigen Zusammenstöße nach Gesellschaftsrecht zu schlichten, d. h. so wie es den Zielen der Gesellschaft am meisten entspricht.

3. Der Anspruch eines Gesellschafters aus Geschäftsbesorgung ist nicht ein Anspruch aus Auftragsvertrag, sondern ein Gesellschaftsanspruch und unterliegt den Grundsätzen der Gesellschaftsansprüche (S. 401, 409).

4. Zweck der Geschäftsführung ist die Weiterentwicklung des Gesellschaftsvermögens und seine Verwendung für Gesellschaftszwecke. In Bezug auf die Art der Weiterentwicklung ist der Geschäftsführer frei; doch hat er sich innerhalb der durch Vertrag oder Gebrauch bestimmten Art der Führung der Geschäfte zu halten; ein Darüberhinausgehen wäre keine Geschäftsführung, sondern ein eigenpersönliches Geschäftsgebahren, wozu der Geschäftsführer nur mit Zustimmung aller befugt ist. Die Geschäftsführung ist aber nicht so sehr ein Angebinde des Gemeinschaftsrechts, daß sie nicht auch einem Gesellschaftsgenossen entzogen werden könnte. Es ist auch möglich, daß sie allen anderen Gesellschaftsgenossen genommen

und nur dem einen übertragen wird. Doch gilt die Entziehung nur begrenzt: kraft nachgiebigen Rechts bleibt eine Sachprüfungsbefugnis übrig, die nur in beschränktem Maße ausgeschlossen werden kann, § 716.

Dabei ergibt sich ein Unterschied zwischen der Gesellschaft und zwischen den sonstigen Gemeinschaften. Bei der Gesellschaft ist das persönliche Moment durchschlagend: daher bei der Gesellschaft im Zweifel das Erfordernis der Einstimmigkeit, bei Gemeinschaften die Stimmenmehrheit; bei der Gesellschaft wird die Stimmenmehrheit, falls solche maßgebend ist, nach Köpfen, bei den Gemeinschaften nach Anteilen berechnet; bei den Gemeinschaften findet nötigenfalls ein gerichtliches Eingreifen statt, bei der Gesellschaft nur in beschränktem Maße; denn wenn die Gesellschafter über die Geschäfte nicht einig werden, so sollen sie die Gesellschaft lösen, §§ 709, 745.

5. Die Geschäftsführung ist also (kraft nachgiebigen Rechts) eine gemeinsame gegenstandsrechtliche Befugnis aller Gesellschafter, welche nach den Regeln der Einstimmigkeit zusammenzuhandeln haben; die fehlende Zustimmung eines Gesellschafters kann nur dann erzwungen werden, wenn es sich um Erfüllung einer Gesellschaftspflicht handelt: denn durch Gesellschaftsbeschluß beizutragen, daß die Gesellschaft auf diese Weise entlastet wird, ist die Aufgabe jedes Gesellschafters. Dagegen in allen anderen Fällen kann von einem Zwang zur Einwilligung nicht gesprochen werden. Es handelt sich um Zweckmäßigkeit, und in Bezug hierauf ist das Ermessen eines jeden Gesellschafters vollkommen frei, § 709.

Dies gilt kraft nachgiebigen Rechts; es kann jedoch

a) die Geschäftsführung beliebig geteilt,

b) einem oder mehreren Gesellschaftern allein zugewiesen sein, § 710 (wobei jedoch § 716 zu berücksichtigen ist),

c) sie kann mehreren sonderrechtlich in der Art zustehen, daß jeder für sich zu handeln vermag, in welchem Fall seine Befugnis aber an dem Widerspruch der übrigen Geschäftsführungsberechtigten scheitert, § 711,

d) es kann bestimmt sein, daß im Verhältnis mehrerer Gesellschafter das Mehrheitsrecht gilt und die Minderheit

durch Mehrheitsbeschluß gebunden wird, wobei aber die Minderheit zu hören ist; auch dem Ermessen dritter kann die Entscheidung anheimgestellt sein, §§ 709—711,

e) die Geschäftsführungsverteilung kann durch Gesellschaftsbeschluß abgeändert werden, aber nicht unbedingt, sondern nur in derselben Weise, in welcher die Geschäftsführung entzogen werden kann, § 712;

f) soweit die Geschäftsführung in Geschäftsbesorgung besteht, gelten die Geschäftsbesorgungsgrundsätze, § 713.

VII. Die Geschäftsführungsbefugnis wird für Rechtshandlungen zur Vertretungsbefugnis; sie hängt in ihrem Ausgangspunkt mit ihr zusammen, sie braucht aber nicht in der Entwicklung mit ihr zusammenzugehen: die Sicherheit Dritter verlangt vielfach eine über den Kreis der Geschäftsführung hinausgehende Vertretungsmacht. Darum ist es nur ein Satz des nachgiebigen Rechts, daß der Gesellschafter soweit Vertretungsmacht hat, als ihm die Geschäftsführungsbefugnis zusteht, § 714, und daß die Vertretungsmacht nur mit der Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden kann: jedenfalls aber kann sie entzogen werden, wenn ein gerechtfertigter Grund vorliegt, §§ 715, 712.

Kraft der Vertretungsmacht können die Geschäftsführer

1. über das Gesellschaftsvermögen verfügen, soweit ihre Vertretungsmacht reicht,

2. Schulden im Namen der Gesellschafter eingehen, so daß die Gesellschafter ebenso haften, wie wenn sie die Schulden gemeinschaftlich eingegangen hätten, also gesamtschuldnerisch. Dabei gilt Folgendes:

a) Verpflichtet werden hierdurch die Gesellschafter, die zur Zeit der Schuldbegründung Gesellschafter sind. Diese sind und bleiben verpflichtet, auch dann, wenn sie nachträglich aus der Gesellschaft austreten; doch ist dies nachgiebigen Rechts: es kann bestimmt werden, daß die Haftung nur solange gilt, als die Gesellschaftsbeteiligung dauert;

b) verpflichtet werden diese sämtlichen Gesellschafter gesamtschuldnerisch, doch kann auch hier etwas anderes ausgemacht und es kann die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden (vgl. I, S. 409 f.).

c) Der später eintretende Gesellschafter haftet in der oben (S. 397) bezeichneten Weise.

Für Schulden, die nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft Missetat eines Gesellschafters oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung entstehen, haften die Gesellschafter, abgesehen vom Gesellschaftsvermögen, nur nach Kopfteilen, und zwar haften diejenigen, welche zur Zeit der Schuldentstehung Gesellschafter sind, § 420, doch kann die Haftung kraft Gesellschaftsvertrags gesteigert werden.

VIII. Für die gegenstandsrechtliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen gilt folgender nachgiebiger Rechtssatz: Jeder Gesellschafter ist beteiligt nach dem Werte seiner gegenständlichen Einlage, sowie sie gewertet ist zur Zeit der Einbringung; und zwar nach dem Werte der ursprünglichen Einlage mit Rücksicht auf die Anteilserhöhung und Anteilsminderung der späteren Zeit; hierbei kommen

1. als Minderung die bisherigen Verlustbeteiligungen in Betracht, welche laut nachgiebigen Rechts[1]) nach Köpfen (nicht nach Einlagen) berechnet werden, § 722, wodurch der Anteil des einzelnen Gesellschafters nicht nur erschöpft, sondern auch auf unter Null verringert werden kann.

2. Als Erhöhung gilt sowohl das nachträglich Eingebrachte als auch die Gewinnbeteiligung, die der Gesellschafter im Gesellschaftsvermögen belassen und nicht herausgenommen hat. Gewinn aber ist die gesamte Erhöhung des Vermögens, ohne daß etwa davon die Zinsen des Eingebrachten abgezogen würden: denn Gewinn im bürgerlichen Leben ist das, was man aus dem Hauptgeld erwirbt, nicht das, was man aus dem Hauptgeld mehr erwirbt als der Zins; eine andere Anschauung hat der Handel, wenigstens im Gebiete der offenen Handelsgesellschaft, entwickelt, wonach nur das, was über den gewöhnlichsten Zins hinausgeht, Gewinn sein soll (§ 121 H.G.B.). Der Gewinn wird nach Köpfen (nicht nach Einlagen) umgelegt. Übrigens sind diese Regeln nachgiebigen Rechts. Das nachgiebige Recht besagt auch, daß eine Bestimmung über Gewinnumlegung sich auch auf Verlust erstrecke, und umgekehrt, § 722.

IX. Der Gewinn kann (laut nachgiebigen Rechts) am Schluß der Gesellschaft, falls sie aber länger als ein Jahr dauert,

[1]) Es kann eine andere Beteiligung vorgesehen, auch die Verlustbeteiligung ganz ausgeschlossen werden.

am Schluß des Geschäftsjahres herausverlangt werden, § 721. Der Anspruch ist nicht schuldrechtlich, sondern gegenstandsrechtlich (ein wertrechtlicher Beteiligungsanspruch), der aber, weil es sich um Ausscheidung aus dem Gesellschaftsvermögen handelt, übertragbar und pfändbar ist, § 717.

X. 1. Die Auseinandersetzung, §§ 730f., ist nicht etwa die Erfüllung einer Schuldpflicht so daß jeder Gesellschafter die schuldrechte Pflicht hätte, die Auseinandersetzung zu bewirken, sondern sie ist die Entwicklung des gegenstandsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses, welche Entwicklung ein jeder begehren kann, sobald das Gemeinschaftsverhältnis den zusammenfassenden Charakter der Gesellschaft eingebüßt hat, d. h. die Gesellschaft aufgelöst ist. Daher besteht eine Befugnis, die Auseinandersetzung zu verlangen, nicht nur gegenüber dem ursprünglichen Gesellschafter, sondern wenn ein anderer an dessen Stelle getreten ist, gegenüber diesem. Auch kann in dem die Gemeinschaft begründenden Gesellschaftsvertrag die Auseinandersetzung in bestimmter Weise geregelt sein. Der Grundsatz, daß die Auseinandersetzung in bestimmter gesetzlicher oder rechtsgeschäftlich angeordneter Weise erfolgen soll, heißt der Grundsatz der Zwangsteilung.[1]) Vgl. S. 12, 296.

2. Kraft des Grundsatzes der Zwangsteilung hat jeder Gesellschafter die Befugnis, zu verlangen, daß die Auseinandersetzung in bestimmter Weise und mit bestimmter Verwendung des Gesellschaftsvermögens erfolge, in der Art, daß zuerst

a) die Gesellschaftsschulden berichtigt und dadurch die Gesellschafter entlastet werden, gleichgültig, ob alle oder auch nur einzelne Gesellschafter haften, sofern nur die Haftung in rechtsgültiger Weise im Interesse der Gesellschaft übernommen worden ist. An Stelle der Schuldberichtigung tritt nötigenfalls Zurückhaltung bis zu endgültiger Aufklärung; daß

b) die Hauptgeldeinlagen nach dem Einbringenswert zurückerstattet werden. Dabei gilt leider der höchst einseitige Grundsatz, daß die geleisteten Dienste unberechnet und unvergütet bleiben: ihre Vergütung soll in der etwaigen Gewinn-

[1]) Arch. f. ziv. Prax. 91 S. 309.

beteiligung liegen, ebenso wie die Vergütung für den Hauptgeldnutzen; — was nicht gerechtfertigt ist, da die Dienste nicht als Personennutzen anzusehen sind;

c) das darüber Hinausgehende (auch die Rücklage) ist Gewinn; das darunter Stehende ist Verlust, und nach den Grundsätzen von Gewinn und Verlust zu verteilen, bezw. aufzuerlegen; der Verlustbeitrag, der von einem Gesellschafter nicht zu erlangen ist, ist weiterer Verlust und in gleicher Weise unter die übrigen umzulegen, §§ 733—736. Über die Art der Teilung (§ 731) handelt das Sachenrecht.

Diese Bestimmungen sind nachgiebigen Rechts. Im Gesellschaftsvertrag kann das gegenständliche Recht in der Art gestaltet sein, daß der eine Gesellschafter die Befugnis hat, eine Auseinandersetzung in anderer Weise zu begehren, z. B. so, daß er die körperlichen Sachen oder die Forderungen erhält usw.; diese Sonderbestimmung wirkt gegenstandsrechtlich: sie bleibt bestehen, auch wenn die Teilnehmer wechseln, alte Gesellschafter austreten, neue eintreten; und die dem Gesellschafter zustehende Befugnis steht auch demjenigen zu, der an seine Stelle eingetreten ist. Vgl. §§ 746, 751.

3. Dem endgültigen Auseinandersetzungsvertrag kann ein vorbereitender Zustand, der Zustand der Geschäftsabwicklung vorhergehen, der auf der wirtschaftlichen Natur der Vermögensgemeinschaft beruht: das Vermögen soll erst auseinandergelegt werden, wenn die Vermögensbestrebungen zu einer der wirtschaftlichen Spannung entsprechenden Lösung gelangt sind; denn das Geschäftsvermögen hat einen geistigen Zusammenhalt, der, wenn nicht unvernünftig gehandelt werden soll, nicht jählings durchschnitten werden darf. Diese Klärungstätigkeit (Liquidation) steht (laut nachgiebigen Rechts) allen Gesellschaftern, gemeinsam zu; im Gesellschaftsvertrag kann anders bestimmt, insbesondere auch diese Klärung den bisherigen geschäftsführenden Gesellschaftern überlassen werden, § 730.

XI. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters wird sein Gesellschaftsanteil frei: er fällt den übrigen Gesellschaftern anheim; dafür erlangt er eine Ausgleichungsforderung in der Höhe dieses Gemeinschaftsanteils, so wie er wäre, wenn jetzt eine Auseinandersetzung erfolgte; wobei das Vermögen nach dem Stande der laufenden und obschwebenden Geschäfte abzuschätzen

ist;[1]) und wäre dieser Anteil des Ausscheidenden unter Null stehend, so müßte er den Gesellschaftern diesen Betrag bis zur Null herauf in Geld vergüten, § 739. Hierüber gilt Folgendes:

1. Der Anteil des Gesellschafters fällt den übrigen kraft Anwachsung an, nicht kraft Übertragung: er fällt, soweit Grundstücke in Betracht kommen, nicht etwa erst kraft Grundbucheintrags an: die Grundsätze von der Grundstücksübertragung gelten nicht;

2. der Austretende erlangt die Ausgleichungsforderung, nicht etwa kraft Austauschgeschäfts (wie S. 296), sondern kraft Gesetzes, mit dem Anfall seines Anteils an die übrigen, weshalb auch keine Zurückbehaltungseinrede stattfindet, sofern er infolge des Ausscheidens etwas an die Gesellschaft zu leisten hat;

3. er erlangt sie mit der Möglichkeit künftiger Richtigstellung, sofern die zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäfte sich so entwickeln, daß sein (zur Zeit der Ausscheidung geschätzter) Anteil sich nachträglich als größer oder kleiner herausstellt; weshalb er nach jedem Geschäftsjahr Rechenschaft und Auskunft verlangen kann, § 740. Gegenüber den Gläubigern haftet er wie bisher, jedoch mit der Änderung, daß, da sein Gemeinschaftsanteil den Gesellschaftern angefallen ist, er hierwegen nicht mehr deckungsweise in Anspruch genommen werden kann, sondern nur, soweit er außerhalb seiner Gemeinschaftsbeteiligung einzustehen hat. Die übrigen Gesellschafter aber sind verpflichtet, eben weil sie seinen Anteil übernehmen, ihn gegen weitere Verfolgung der Gläubiger sicher zu stellen, § 738.

XII. Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so findet ein solches Ausscheiden nicht statt, wohl aber kann die Auseinandersetzung kraft Gesellschaftsvereinbarung oder kraft nachträglichen Auseinandersetzungsvertrags in der Art geschehen, daß der eine das ganze Gesellschaftsvermögen gegen Gleichstellungsgeld übernehmen soll: geschieht dies durch Auseinandersetzungsvertrag, dann hat es den Charakter eines Austauschgeschäfts; § 740 aber kommt ebenfalls zur Anwendung.[2]) Vgl. S. 296.

---

[1]) Eine vorbereitende Abwicklungstätigkeit findet hier nicht statt; daher die Möglichkeit nachträglicher Ausgleichung.

[2]) R.G. 11. November 1903, Entsch. 56, S. 16.

b) Schuldrechtliche Beziehungen.

§ 149.

I. Die Verpflichtungen im Gesellschaftsverhältnis bestehen darin,

1. daß der Gesellschafter einbringt, was er einzubringen hat, § 706;

2. daß er dasjenige, was er in Gesellschaftsangelegenheiten zu führen hat, führt, und zwar persönlich, was allerdings den Beizug von Hilfspersonen nicht ausschließt, §§ 713, 664;

3. daß er die nötige Sorgfalt anwendet (Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, § 708), daß er die nötigen Beschränkungen inne hält und daß er, soweit es sich um Geschäftsbesorgung handelt, die Pflichten der Geschäftsbesorgung erfüllt, §§ 713, 666f.;

4. daß er die aus dem Auseinandersetzungsvertrag sich ergebenden Pflichten erfüllt, denn dieser ist ein Tauschgeschäft, §§ 731, 752f., 757 (oben S. 296).

II. Die Verpflichtungen der Gesellschafter sind durch das obige begrenzt; weitere Verpflichtungen bestehen nicht; denn was oben über Erhöhung des Gesellschaftsbeitrags gesagt ist (S. 400), ist nur eine scheinbare Ausnahme. Daraus ergibt sich auch, daß, was ein Gesellschafter aus der Geschäftsbesorgung zu verlangen hat, nur in dieser Weise zur Geltung zu bringen ist, also in der Art, daß das Gesellschaftsvermögen und die etwa noch nicht geleisteten Beiträge der Gesellschafter in Anspruch genommen werden (oben S. 401).

III. Auch bei Geschäftsbesorgung des Gesellschafters ergibt sich die Frage, ob der geschäftsführende Teil, wenn ihm bei Gelegenheit seiner Gesellschaftstätigkeit ein persönlicher Schaden zustößt, Ersatz verlangen kann. Dies ist auch in Gesellschaftsverhältnissen zu verneinen, es müßte denn der Gesellschafter eigens eine Gefahr auf sich genommen haben und der Schaden auf diese Gefahr zurückzuführen sein: in solchem Fall wäre sogar nach Rechtsähnlichkeit seerechtlicher Bestimmungen eine gewisse Belohnung angemessen, falls er sich der Gesellschaftsinteressen mutig angenommen hat.[1]) Anders aber, wenn der Gesellschafter einfache, an sich ungefähr-

[1]) Vgl. §§ 553, 554 H.G.B., §§ 61, 64 SeemannsO. v. 2. Juni 1902.

liche Lebensbetätigungen vollzieht und ihm bei dieser Gelegenheit ein Unglück zustößt.

Wir haben darum auch im B.G.B. keine derartige Ersatzbestimmung; nur im Handelsrecht ist in § 110 H.G.B. ein Entschädigungsrecht des geschäftsführenden Gesellschafters angenommen worden, worauf hier nicht einzugehen ist.

IV. Sämtliche schuldrechtliche Ansprüche sind insofern auch gegenstandsrechtlich, als

1. bei der Auseinandersetzung, wenn diese nach stattgefundener Klärung (Liquidation) erfolgt, die Grundsätze der Zwangsteilung gelten, in der Art, daß zuerst die Schulden berichtigt werden. Unter diesen Schulden befinden sich natürlich auch die Anforderungen, welche ein Gesellschafter gegen die übrigen, namentlich aus seiner Geschäftsführung zu stellen hat, § 733. Aber auch

2. wenn keine Klärung (Liquidation) erfolgt, kommen im Verhältnis der Gesellschafter zueinander die gegenseitigen Anforderungen in der Art in Betracht, daß dadurch der Geschäftsanteil des einen vergrößert, der des anderen verringert wird. Vgl. §§ 14 und 51 K.O.

3. Entstehung und Untergang.

a) Entstehung.

§ 150.

Das Gesellschaftsverhältnis beruht auf Vertrag § 705. Der Vertrag bedarf nur dann einer Form, wenn darin ein Einbringen von Grundstücken zum Eigentum der Gesellschaft versprochen wird, § 313, nicht aber dann, wenn die Gesellschaft ohne Grundstücksbeitrag gegründet ist, sollte sie auch auf Grundstückserwerb angelegt sein.[1])

b) Untergang.

α) Völliger.

§ 151.

I. Die Gesellschaft verlangt einen bestimmten Zweck; sie hört daher auf, sobald der Zweck erreicht ist oder die Er-

---

[1]) O.L.G. Karlsruhe, 19. Juli 1902, Z. franz. Z.R., XXXV S. 65.

reichung sich als unmöglich herausstellt. In einem solchen Falle hört sie von selbst auf: sie ist beendet und der Auseinandersetzung fähig, ohne daß ein gerichtlicher Akt oder eine Parteierklärung dazu nötig wäre, § 726.[1])

II. Das Gesellschaftsverhältnis ist ferner ein höchst persönliches und ein Vertrauensverhältnis; daraus ergibt sich die Auflösung durch Tod, Konkurs und Kündigung, wobei nachgiebiges und zwingendes Recht zu unterscheiden ist (oben S. 273).

III. Das Gesellschaftsverhältnis ist endlich ein das Vermögen bindendes Gemeinschaftsverhältnis, was zur Folge hat, daß ein Gläubiger nicht auf den Gesellschaftsanteil greifen kann; dagegen ist es ihm gestattet, das Gesellschaftsverhältnis kraft Zwangsvollstreckung zu kündigen, um den Anteil seines Schuldners frei zu bekommen, § 725 B.G.B., § 859 Z.P.O. Das ist eine Kündigung, nicht im Namen des Gesellschafters, sondern aus eigenem Recht des Gläubigers, weshalb sie auch dann stattfindet, wenn die Gesellschaft auf bestimmte Zeit eingegangen war und ein gerechtfertigter Grund zur Lösung nicht vorhanden ist: sie gehört zur Zwangsvollstreckung.

IV. Die Auflösung der Gesellschaft erzeugt die gegenstandsrechtliche Auseinandersetzungslage, der Auseinandersetzungsvertrag erzeugt die entsprechenden schuldrechtlichen Beziehungen (S. 401, 409, 296). Alles dieses entsteht mit der Auflösung in endgültiger Weise, und ebenso endgültig hören die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse auf; sollten die Gesellschafter wieder unter den gleichen Bedingungen zusammentreten wollen, so wäre es eine neue Gesellschaft.[2]) Das wäre auch der Fall, wenn ein Gläubiger gekündigt hätte und sodann der Grund der Kündigung durch Befriedigung seiner Forderung beseitigt würde. Hat er allerdings nur bedingt gekündigt, d. h. auf einen künftigen Zeitpunkt, falls seine Forderung nicht berichtigt würde, so träte im Fall der rechtzeitigen Tilgung seiner Forderung der Kündigungserfolg nicht ein. Dies ist aber als Regel anzunehmen.

---

[1]) So bei Kartellen, wenn der Zweck unmöglich geworden ist. Vgl. auch R.G. 6. November 1902, Entsch. 53, S. 19.

[2]) Vgl. O.L.G. Hamburg 29. Mai 1902, Mugdan V S. 380.

β) Teilweiser.

§ 152.

Ein Gesellschaftsverhältnis hört möglicherweise nur teilweise auf, d. h. nur in Bezug auf den einen Gesellschafter, sodaß dieser ausscheidet; dies kann erfolgen

1. bei Tod, Konkurs, soweit solches im Gesellschaftsvertrag (unter Zulassung des nachgiebigen Rechts) angeordnet ist, § 736. Ebenso kann

2. bestimmt sein, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, dies nur seine Ausscheidung, nicht den Untergang der Gesellschaft zur Folge haben soll; in solchem Falle kann auch gegen einen Gesellschafter, der von sich aus zwar nicht gekündigt, aber einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft geboten hat, die Ausschließung ausgesprochen werden, wozu eine gegen ihn gerichtete gemeinsame Erklärung der übrigen Gesellschafter erforderlich ist, § 737. Und das Gleiche muß gelten, wenn der Gläubiger dieses Gesellschafters kündigt: die Bestimmung paßt auch hierauf, und die Rechte des Gläubigers werden hierdurch nicht beeinträchtigt. Weiter noch geht das Handelsrecht, § 141 H.G.B.

II. Gesellschaftslose Gemeinschaftsbeziehungen.

§ 153.

I. Gemeinschaft der Interessen macht eine Ausgleichung in der Art nötig, daß die Aufwendungen in entsprechender Weise, d. h. nach Maßgabe des Umfangs der Interessen umgelegt werden, sodaß der eine Teil dem anderen ersatzpflichtig ist. Es treten hier die Grundsätze der Menschenhilfe geändert ein, geändert insofern, als kein Beteiligter befugt ist, dieser Menschenhilfe zu widersprechen, weil sonst das Ganze notlitte.

II. Der wichtigste Fall ist der der Gegenstandsgemeinschaft,[1] sei es nun, daß es sich um eine Gemeinschaft nach festen Bruchteilen handelt (§ 741) oder um eine Gemeinschaft nach wandelbaren Wertteilen; das letztere kommt insbesondere

---

[1] Jahrhunderte lang ist man von ihm als dem einzigen Fall ausgegangen; aber er ist nur das Musterbild für alle Fälle der Interessengemeinschaft, worüber zu vgl. Enzyklop. I S. 702f.

in der Art vor, daß die Gemeinschaft sich auf eine Gesamtheit von Gegenständen bezieht, wobei sich zwar das gesamte Recht, nicht aber das Recht an den einzelnen Gegenständen bruchteilartig gestaltet; im allgemeinen drängt das (nachgiebige) Recht allerdings nach Bruchteilsgemeinschaft, und zwar zu gleichen Bruchteilen, §§ 741, 742.

III. Bei der Gegenstandsgemeinschaft gilt das Besondere, daß der Gegenstand eine gemeinsame Benutzung und ferner eine Aufhebung der Gemeinschaft zuläßt. Daraus ergeben sich Ansprüche auf Mitbenutzung, § 743, und auf Aufhebung der Gemeinschaft, §§ 749f. Beides sind nicht etwa schuldrechtliche Pflichtansprüche, sondern es sind Ansprüche, die aus der Gemeinsamkeit des Rechts von selber hervorgehen und darum auch keiner Verjährung unterliegen, § 758; sie sind gegenstandsrechtlich und scheiden hier aus. Das Gleiche gilt von den Vereinbarungen über die Art und Weise der Benutzung und über den etwaigen Ausschluß der Aufhebungsbefugnis, welche Vereinbarungen ebenfalls gegenstandsrechtlichen Charakter haben, §§ 746, 751; weshalb sie auch, wenn es sich um Grundstücke handelt, in das Grundbuch einzutragen sind, § 1010. Gegenstandsrechtlich ist auch die Bestimmung, daß der Gebrauch Gesamtgebrauch ist, in der Art, daß jeder gebrauchen kann, soweit er den anderen nicht beeinträchtigt, daß die Verwaltung eine genossenschaftliche ist, dagegen die Sachverfügung, wenn es sich um Bruchteile handelt, eine eigenpersönliche, §§ 744, 745, 747. Alle diese Punkte müssen daher dem Sachenrecht vorbehalten werden.

IV. Dem Schuldrecht aber gehört Folgendes an:

1. Aus der Geschäftsführung, namentlich aus der Geschäftsbesorgung, ergeben sich schuldrechtliche Ansprüche, wie bei der Gesellschaft; die Ausgleichung erfolgt unter Berücksichtigung des Bruchteilsrechts; die Sorgfaltshaftung ist hier die gewöhnliche, da kein Grund vorhanden ist, sie zur Haftung für die Eigensorgfalt herabzudrücken.

Mit der Schuldhaftung ist allerdings, wie bei der Gesellschaft, eine gegenständliche Haftung verbunden; denn

a) die Gemeinschaft ist eine Gemeinschaft mit Zwangsteilung, weshalb ein jeder Eigentumsgenosse vor der Teilung

verlangen kann, daß daraus die Aufwendungsersatzschulden berichtigt werden, §§ 748, 755;

b) auch abgesehen von der Zwangsteilung gilt der Grundsatz, daß infolge der Ausgleichspflicht der Teil des einen größer, der Teil des anderen geringer wird, §§ 748, 756 B.G.B., §§ 14 und 51 K.O.

2. Die Aufhebung der Gemeinschaft führt auch hier zur Teilung, und die Teilung ist ein Tauschgeschäft.

Im übrigen fehlt der Gemeinschaft der schuldrechtliche Zug der Gesellschaft, der in dem Streben nach dem gemeinsamen Zweck gipfelt und die Gesellschaft in das Bereich des vielseitigen Schuldrechts erhebt. Sie ist daher im Sachenrecht darzustellen, umsomehr, als auch die Entstehungsgründe der Gemeinschaft vor allem auf das Sachenrecht zurückführen.

III. Abstrakte Verträge in Anlehnung an bestehende Beziehungen.

1. Bürgschaft.

a) Allgemeines.

§ 154.

I. Abstrakte Verbindlichkeiten folgen den im allgemeinen Teil gegebenen Regeln und geben daher zu einer weiteren Erörterung im besonderen Teil keine Veranlassung. Nur einige Arten von abstrakten Verbindlichkeiten machen eine Ausnahme: die abstrakten Verbindlichkeiten, welche sich, ohne ihre abstrakte Natur zu verleugnen, an ein anderes Schuldverhältnis anlehnen, vor allem die Bürgschaft.

In Bezug auf die übrigen abstrakten Verbindlichkeiten ist auf die Erörterungen des allgemeinen Teils S. 223f. und was die abstrakte Natur der Bürgschaft betrifft, auf S. 228 zu verweisen. Daneben gibt es verwandte Erscheinungen.

II. Die Bürgschaft ist ein Einstehen für die Schuld eines anderen, d. h. eine Verpflichtung, den Gläubiger in den Stand zu setzen, daß er hat, was er hätte, wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit nachgekommen wäre, § 765.

III. Bürgschaftsschuld ist daher keine Gesamtschuld: der Bürge hat nicht denselben Schuldgegenstand zu leisten wie der Schuldner, sondern er ist ein Sicherer für die schuldnerische Erfüllung. Daher ist

1. der Erfüllungsort für die Leistung des Bürgen dem Erfüllungsort für die schuldnerische Leistung nicht gleichheitlich. Vgl. S. 48.

2. Die Bürgschaft ist statthaft für eine Leistung des Schuldners, die in ihrer Art dem Bürgen unmöglich wäre,

namentlich für eine Leistung, die als höchst persönliche Leistung des Schuldners von keinem anderen erfüllt werden kann; in welchem Falle der Bürge den Gläubiger durch Schadenersatz befriedigen muß. Vgl. S. 17.

3. Der Bürge haftet nicht nur für den Leistungsgegenstand, sondern auch für alle Erhöhungen der Schuld, die daher rühren, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder nicht rechtzeitig, nicht vollständig, nicht richtig erfüllt hat. Er haftet darum natürlich auch für die Folgen des Verzuges, für die Folgen der schuldhaften Einwirkung, er haftet auch für die Kosten der Einklagung des Schuldners: denn alles dieses geht, sofern nur solche Einklagung sich als gerechtfertigt erweist, aus der unrichtigen Handlungsweise des Schuldners hervor, § 767.

4. Haftet der Bürge für ein Rechtsverhältnis, so haftet er für die Erfüllung der aus diesem Rechtsverhältnis künftig hervorgehenden Pflichten, soweit diese aus dem Rechtsverhältnis naturgemäß entspringen.

5. Da der Bürge nicht auf mehr haftet als der Schuldner, so stehen ihm sämtliche Einwendungen des Schuldners zu Gebote. Auch die Einreden des Hauptschuldners darf der Bürge geltend machen, denn er hat nur dafür einzustehen, daß der Schuldner diejenige Verbindlichkeit erfüllt, deren Erfüllung man von ihm verlangen kann: die Einrede aber gibt dem Schuldner ein Weigerungsrecht und stellt daher die Schuld in sein Belieben. Dies gilt auch von den Gewisseneinreden: der Bürge nimmt sie, was ihn betrifft, auf sein Gewissen, § 768.

Die Aufrechnungsbefugnis gehört nicht hierher; denn dem Bürgen steht nicht die Deckungsbefugnis bezüglich der Gegenforderungen des Hauptschuldners und daher auch nicht die der Deckungsbefugnis entsprechende Befriedigungsbefugnis zu. Nur insofern hat hier der Bürge eine Einredebefugnis, als er den Gläubiger auf *seine* Deckungsbefugnis verweisen kann, sofern *dieser* eine Aufrechnungsbefugnis hat und sich kraft der Aufrechnung decken kann — was aber jeden Augenblick durch den Gläubiger, wenn er *seine* Schuld zahlt oder Aufschub (gegen Verzinsung) erwirkt, vereitelt werden kann, § 770.

6. Da der Bürge nicht für mehr haftet als der Hauptschuldner, so haftet er überhaupt nicht mehr, sobald die Hauptschuld erlischt;[1]) dagegen haftet er, trotzdem die Hauptschuld deckungsunfähig ist, sofern die Deckungsunfähigkeit in mangelnden Vermögensverhältnissen des Schuldners ihren Grund hat: diesen Vermögensmangel hat er zu vertreten, auch wenn daraus Deckungsunfähigkeit hervorgeht; so wenn der Erbe wegen der Erbrechtsgrundsätze weniger haftet als der Schuldner, § 768 B.G.B., wenn der Schuldner einen Zwangsvergleich im Konkurse erlangt, § 193 K.O., wenn die Gesellschafter oder die Mitglieder eines rechtsbeschränkten Vereines nur bis zum Gesellschafts- oder Vereinsvermögen haften.

7. Der Bürge haftet nicht für die rechtsgeschäftliche Erhöhung der Schuld, insbesondere nicht für die Erhöhung durch Zusatzvertrag oder für die Erhöhung, die sich aus dem Verzicht auf eine Einrede ergibt; solches gilt insbesondere, wenn der Schuldner kraft eines Aufhebungs- oder Befreiungsanspruchs, der ihm wegen unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung zusteht, eine Einrede hat, §§ 821, 853: diese kann dem Bürgen nicht entzogen werde. Der Bürge haftet auch nicht für die Erhöhung durch Anerkennungsvertrag oder Vergleich, §§ 767, 768, er haftet auch nicht, wenn ein nichtiges Schuldverhältnis durch eine sog. Bestätigung erneuert wird: denn dies ist ein neues Schuldverhältnis, § 141. Dagegen haftet er, wenn der Schuldner sich der Mittel, die er hatte, um sich von dem Schuldverhältnis loszumachen, nicht bediente, also insbesondere, wenn dieser eine anfechtbare Schuld nicht angefochten hat und sie infolgedessen gültig bleibt, oder wenn dieser einen Fehler der Sache nicht angezeigt und infolgedessen die Befugnis der Wandlung und Minderung verloren hat; denn der Bürge ist nicht befugt, in die Verwaltung des Schuldners einzugreifen und in Angelegenheiten, die in des Schuldners Willkür gestellt sind und deren Beurteilung wesentlich von der Gesamtanschauung der wirtschaftlichen Verhältnisse abhängt, hineinzureden oder dem Schuldner Vorschriften zu machen, § 770.

8. Der Bürge kann also nicht statt des Schuldners anfechten, aber er kann, solange das Anfechtungsrecht besteht, eine Ein-

[1]) R.G. 11. Mai 1908, J.W. XXXII Beil. Nr. 219; so auch, wenn sie durch Aufrechnung des Schuldners erlischt oder durch rechtskräftiges Urteil.

rede entgegenhalten: die Anfechtungsbefugnis gibt, so lange sie währt, auch eine Einredebefugnis (oben I, S. 197), und die Einredebefugnis des Schuldners kommt, solange sie dauert, dem Bürgen zu. Daraus ergibt sich der § 770 Abs. 1 B.G.B. von selber.[1])

9. Die Bürgschaft kann eine Bürgschaft mit bedingter Haftung sein; dies ist der Fall, wenn sie für eine künftige Schuld übernommen wird, § 765, vgl. oben I S. 159f. Daß eine solche bedingte Bürgschaft von der Kreditanweisung verschieden ist, bedarf keines Hinweises, da der Kreditanweiser es in seiner Hand hat, durch Zurücknahme der Anweisung zu bewirken, daß seine künftige Haftung nicht entsteht. Vgl. S. 425.

IV. Was der Bürge leistet, leistet er in Befriedigung seiner Verbindlichkeit; er kann diese seine Verbindlichkeit befriedigen in irgend einer Weise, wie man seine Verbindlichkeiten befriedigt, also nicht nur durch Leistung, sondern auch durch Aufrechnung (natürlich durch Aufrechnung dessen, was er selbst von dem Gläubiger zu verlangen hat),[2]) durch Hinterlegung mit Rücknahmeverzicht; und die gleiche Befriedigung kann eintreten durch irgendwelche Deckungstätigkeit des Gläubigers, z. B. durch Zwangsvollstreckung gegen den Bürgen, durch Aufrechnung des Gläubigers oder in anderer Weise.

b) Beschränkungen der Haftung.

§ 155.

I. Eine Beschränkung liegt nicht vor bei der Schadloshaltungsbürgschaft, denn hier ist eben der Gegenstand ein anderer als bei der gewöhnlichen Bürgschaft: der Bürge ist hier ein Bürge nicht für die Schuld, sondern für den nicht beitreiblichen Rest der Schuld; als Bürge für diesen Rest aber ist er unbeschränkt Bürge.

II. Eine Beschränkung dagegen liegt in der Einrede der Vorausklage. Leider hat auch unser deutsches Recht diese schwachmütige Einrede übernommen und damit dem Bürgschaftswesen viel von seiner Kraft und seiner wirtschaft-

---

[1]) Während eine Einrede kraft § 853 nicht auf diese Weise begrenzt ist: sie steht dem Hauptschuldner zu, solange er nicht darauf verzichtet, sie steht dem Bürgen ständig zu, denn auch der Einredeverzicht des Schuldners berührt ihn nicht, § 768. Vgl. auch I S. 584.

[2]) Vgl. R.G. 31. Januar 1903. J.Z. VIII, S. 249.

lichen Bedeutung entzogen. Es ist zu hoffen, daß durch häufigen Verzicht auf diese sogenannte Rechtswohltat der Mangel des Gesetzes möglichst ausgeglichen wird; hat doch unser Recht selbst in Fällen, wo es eine gesetzliche Bürgschaft eintreten läßt oder eine Sicherheit von Gesetzes halber verlangt, die Rechtswohltat abgeschnitten und einen Verzicht darauf begehrt oder unterstellt (§§ 239, 571, 1251, vgl. auch § 194 K.O., § 36 VerlagsGes.), hat es doch damit selbst erklärt, daß sie im Leben nichts taugt. Sie ist ein Erzeugnis des Orients, in byzantinischer Zeit in das römische Recht übergegangen und aus ödem Erhaltungstrieb in unsere Zeit hineingeschleppt. Der gesunde Sinn des englischen und amerikanischen Rechts hat diesem Mißerzeugnis keinen Zutritt verschafft, und in Schottland, wo es bestand, hat man es vor Jahren aufgehoben.[1]) Es verkennt vollkommen die Aufgabe der Bürgschaft, welche nicht nur sichern soll, daß der Gläubiger Befriedigung bekommt, sondern auch, daß er sofort und ungesäumt Befriedigung erlangt. Es entstammt einer Periode der wirtschaftlichen Mattigkeit, der die Zeit ein nichts ist und der es gleichgültig ist, ob heut oder morgen!

Die Redaktoren haben hier, wie in manchen anderen Fällen, ohne rechten Sinn für die Bedürfnisse des Lebens gearbeitet und die Erfahrungen der Geschichte nicht berücksichtigt. Glücklicherweise haben sie die Einrichtung mehrfach beschränkt: wenn Geldforderungen in Frage stehen, so gilt sie nur in der Art, daß der Gläubiger auf die beweglichen körperlichen Gegenstände (Sachen) des Hauptschuldners verwiesen wird, die sich an dessen Wohnsitz und an dessen gewerblichen Niederlassung und, in Ermangelung dieser, an dessen Aufenthaltsort befinden. Unbewegliches Gut und unkörperliches Vermögen fällt daher außer Betracht. Einmaliger Ausklagungsversuch genügt; der Bürge hat nicht die Befugnis, etwa wegen neu erworbenen Vermögens einen zweiten Versuch zu verlangen, §§ 771—773.

---

[1]) Vgl. 19, 20 Victoria Kap. 60, s. 8: Where any person shall, after the passing of this Act, become bound as cautioner for any principal debtor, it shall not be necessary for the creditor ...... before calling on the cautioner for payment of the debt ...... to discuss or to diligence against the principal debtor, as now required by law.

Auch darin hat das B.G.B. etwas zur Verbesserung beigetragen, daß es die Erlöschungsgründe erweiterte und genauer bestimmte: wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung durch Verlegung von Wohnsitz, von Niederlassung, von Aufenthalt bringen die Einrichtung zum Fall; außerdem soll infolge von Konkurseröffnung die Rechtswohltat aufhören, und ferner in allen Fällen, wo die Vermögenslage des Schuldners so gestaltet ist, daß eine Befriedigung nicht zu erhoffen steht: hier ist nicht etwa die Verweisung auf die Vorausklage ergebnislos; hier ist sie gar nicht statthaft, § 773.

III. Innerlich begründet ist nur die sachliche Vorauseinrede, d. h. die Verweisung auf eine etwaige schleunige dingliche Sicherheit des Gläubigers: man verweist dann den Gläubiger auf sein Deckungsrecht; es ist derselbe Gedanke wie in der prozessualischen Bestimmung des § 777 Z.P.O. Daher wird die Rechtswohltat der Vorausklage richtig dann gegeben, wenn der Gläubiger ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht hat, das ihn decken kann (also nicht durch andere Haftungen aufgezehrt wird), vorausgesetzt, daß es ein Pfand(oder Rückbehaltungs)recht an einer beweglichen Sache (an einem beweglichen körperlichen Gegenstand) ist. Hier gelten auch jene Erlöschungsgründe insoweit nicht, als sie die Deckungslage des Gläubigers unberührt lassen, §§ 772, 773; die übrigen Gründe des Erlöschens treffen auch hier zu.

IV. Die Bürgschaftsschuld soll den Gläubiger gegen Wechselfälle sicherstellen; daraus ergibt sich:

1. Der Bürge haftet, auch wenn die Lage des Schuldners schlimmer wird, er haftet auch, wenn der Gläubiger durch Verzögerung des Eintriebs zur Verschlimmerung der Lage beiträgt; denn es liegt im Wesen der Bürgschaft, daß dem Gläubiger die Last und Schwierigkeit der Verfolgung des Schuldners abgenommen werden soll. Und auch durch die unglückselige Einrede der Vorausklage ist dem Gläubiger nur eine künstliche Beschränkung auferlegt: das Wesen des Verhältnisses wird hierdurch nicht geändert. Das gemeine Recht suchte allerdings nach dieser Richtung hin den Bürgen zu erleichtern, aber es schwächte dadurch die ganze Kraft der Einrichtung und nahm ihr einen großen Teil ihrer vertrauensfördernden Wohltaten. Die richtige Sachbehandlung besteht nicht darin, daß

man den Gläubiger zur Verfolgung des Schuldners zwingt, sondern darin, daß man dem Bürgen die Befugnis gibt, sich geeignetenfalls unmittelbar Sicherung bei dem Schuldner zu holen (S. 423).

2. Der Gläubiger ist daher dem Bürgen gegenüber nicht zur sorgfältigen Eintreibung der Forderung gehalten, selbst ein Gläubigerverzug befreit den Bürgen nicht mehr, als er den Schuldner befreit; aber er ist dazu gehalten, die Deckungslage nicht zu verkümmern: ihm soll die Last der Verfolgung genommen, aber kein Freipaß gegeben werden, den Bürgen zu schädigen; der Gläubiger ist daher gehalten, die Deckungsobjekte des Bürgen nicht dadurch zu schmälern, daß er Rechte aufgibt, mit deren Hilfe der Bürge sich eine Deckung verschaffen könnte, die ihm sonst gebricht.

Die Folge einer die Deckungslage mindernden Verfügung des Gläubigers ist die, daß dem Bürgen insoweit, als er infolgedessen an Ausgleichung einbüßt, eine Einrede gegen den Gläubiger erwächst. Sind etwa nach dieser Verfügung neue Sicherungen entstanden, die dem Bürgen beim Rückgriff zu Gute kommen, so müssen natürlich diese neuen Sicherungen mit in Betracht gezogen werden: in der Art, daß das Aufgeben einer alten Sicherheit durch Entstehen einer neuen ersetzt werden kann; andererseits aber auch in der Art, daß auch das Aufgeben einer neuen, nachträglich erworbenen Sicherheit dem Bürgen eine Einrede verschaffen kann, § 776.

c) Ausgleichungen.

§ 156.

I. Der Bürge befriedigt seinen Gläubiger, er erfüllt seine Schuld, aber er tut dies dadurch, daß er dem Gläubiger das bietet, was zur Befriedigung der Verpflichtung des Schuldners nötig ist. Damit befriedigt er auch die Schuld des Hauptschuldners, und infolgedessen hat er das Deckungsrecht, das alle diejenigen haben, welche dem Gläubiger kraft ihrer Interventionsbefugnis geleistet haben. Ein solcher Eintritt in das Deckungsrecht entspricht auch vollkommen dem Wesen der Bürgschaft; denn wer Bürge ist, möchte zwar in Vorschuß gehen, aber er möchte die Schuld nicht endgültig auf sich behalten, § 774. Dieser Satz ist ein allgemeiner, namentlich auch im englischen und amerikanischen Recht durchgedrungener

Grundsatz des Weltrechts.[1]) Eine nur scheinbare Ausnahme liegt vor, wenn zwischen Bürgen und Schuldner ausgemacht ist, daß der Bürge den Schaden auf sich behält, sei es ohne weiteres, sei es unter bestimmten Umständen: in diesem Fall ist eben der Hauptschuldner vom Bürgen zum voraus mehr oder minder entlastet worden; insofern sind die Ausgleichsvorschriften nachgiebigen Rechts. Im übrigen ist bezüglich dieses Deckungsrechts auf S. 207f. zu verweisen. Vgl. auch S. 158.

II. Außerdem können Ausgleichungsforderungen aus dem besonderen Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner entstehen, und daraus entwickeln sich besondere Beziehungen.

1. Die Bürgschaftsübernahme kann die Erfüllung eines Auftragsverhältnisses sein, in welchem der Bürge zum Schuldner steht. In diesem Falle treten, was die Ausgleichung betrifft, besondere Grundsätze ein; wobei übrigens hervorzuheben ist, daß der Auftrag nicht als Auftrag zur Zahlung, sondern als Auftrag zur Bürgschaftsübernahme zu betrachten ist, weshalb die Erfüllung des Auftragsvertrags nicht etwa mit der Zahlung, sondern mit der Bürgschaftsübernahme erfolgt: die Leistung des Bürgen ist zwar die mittelbare Folge der Erfüllung seiner Auftragspflicht, allein die Erfüllung der Pflicht geschah bereits in und durch Übernahme der Bürgschaft.

Im Falle des Auftrages hat der Bürge eine Forderung nicht nur auf den Rückersatz des von ihm Geleisteten, sondern auch, nach den Grundsätzen des § 256, auf Verzinsung von dem Augenblick der Zahlung an, und für die Verjährung gelten nicht die Grundsätze des Deckungsanspruchs, der vielleicht einer kurzen Verjährung unterliegt, sondern die Grundsätze des Auftragsrechts; vgl. oben S. 156.

2. Eine besondere Folge des Auftragsverhältnisses aber ist: der Beauftragte hat, bevor er die Aufwendungen des Auftrags deckt, ein Anrecht auf Vorschuß; dieses Anrecht wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Bürge sich zu-

---

[1]) In früheren Zeiten sprach man ihn in Bürgschaftsurkunden ausdrücklich aus; so in den lettres de foire in Ypres aus dem 13. Jahrh.: de lequele plegerie li avant dis H. B. (der Hauptschuldner) la encouvent et proumis a aquiter de tous les damages qui venir li poroient par occoison de ceste plegerie (Marez, Lettres de foire à Ypres p. 48).

nächst persönlich verpflichtet, sodaß der hieraus künftighin entstehende Aufwand die Erfüllung der von ihm übernommenen eigenen (Bürgschafts) Verbindlichkeit ist: denn auch, wenn der Beauftragte die Aufwendungen bereits übernommen hat, kann ihm, bevor er sie bezahlt, ein Anrecht auf Vorschuß zustehen; nur muß das Vorschußbegehren in solchem Fall durch die Umstände begründet, es muß die Sachlage so gestaltet sein, daß der Beauftragte in die nahe Gefahr kommt, leisten zu müssen; diese Gefahr ist in § 775 näher beschrieben: danach kann der Bürge von dem Hauptschuldner verlangen, daß er den Aufwendungen des Bürgen zuvorkommt durch Befriedigung des Gläubigers oder durch sonstige Lösung der Bürgschaftsverbindlichkeit,

a) wenn der Schuldner mit der Erfüllung im Verzug ist,

b) wenn gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil erwirkt wurde, oder auch

c) wenn die Verhältnisse des Schuldners sich in der Art geändert haben, daß die Rückgrifflage des Bürgen gegenüber dem Schuldner gefährdet ist. Der Bürge kann in diesen Fällen den Vorschuß in der bereits angegebenen Weise verlangen, indem er vom Schuldner Befriedigung des Gläubigers oder eine sonstige befreiende Tätigkeit begehrt; und wenn die Forderung des Gläubigers noch nicht fällig ist, kann er vom Schuldner mindestens Sicherheitsleistung beanspruchen.

III. Das Gleiche ist bei der Bürgschaft kraft gerechtfertigter Menschenhilfe der Fall; denn wenn bei dieser im allgemeinen zwar nur eine Aufwendungsersatzpflicht und keine Aufwendungsvorschußpflicht besteht, so ist eine Ausnahme gegeben, wenn die Menschenhilfe die Übernahme von Verbindlichkeiten veranlaßt hat; was in der Lehre von der Menschenhilfe (S. 452) näher darzustellen ist, § 775.

d) Entstehung und Erlöschen.

α) Entstehen.

§ 157.

I. Die Bürgschaft entsteht

1. als Abschwächung einer Hauptverpflichtung, sofern der bisherige Hauptverpflichtete aufhört, Hauptverpflichteter zu

sein und zum Bürgen eines anderen wird; verhält sich auch die Bürgschaft zur Hauptverpflichtung nicht, wie weniger und mehr, so ist sie doch in der Hauptsache eine geringere Verpflichtung: daher ist eine Abschwächung in dieser Richtung möglich. Eine solche Abschwächung kann durch Vertrag erfolgen, sie kann auch erfolgen als gesetzliche Erleichterung, so in den Fällen §§ 571, 1251 B.G.B. (vgl. § 838 Z.P.O.), so im Fall des § 36 Abs. 2 VerlagsGes. In diesen Fällen ist die Bürgschaftshaftung eine geschwächte Schuldnerpflicht, sie ist aber dafür eine gesteigerte Bürgenpflicht, wie sich unten S. 427 ergeben wird: Abschwächungsbürgschaft.

Die Bürgschaft entsteht

2. aus Vertrag: der Bürgschaftsvertrag ist förmlich: die Bürgschaftserklärung bedarf der Schriftform; die Annahme kann formlos erfolgen; Erfüllung heilt den Mangel, soweit sie reicht, § 766. Der Grund der Form ist einleuchtend: es ist die außerordentliche Gefahr, in die sich der Bürge stürzt ohne augenblickliches Opfer — eine Lage, die den unbedächtigen Menschen leicht reizt, einer schnellen Anwandlung nachzugeben. Daher ist die Form auch für die Übernahme einer Gesamtschuld zu verlangen, die, dem Gläubiger gegenüber, die Aufgabe der Bürgschaft erfüllen soll (oben S. 151). Für Bürgschaftsübernahme eines Vollkaufmanns in seinem Handelsgewerbe gilt der Satz nicht, §§ 350, 351 H.G.B.

Auch in England und in amerikanischen Staaten gelten ähnliche Vorsichtsmaßregeln.

3. Auch aus Schuldschöpfung (Creation) kann die Bürgschaft hervorgehen (Wechselbürgschaft); diese aber gehört in die Lehre von den Orderpapieren und scheidet hier aus: sie unterliegt insbesondere, was Entstehen und Untergang betrifft, den wechselrechtlichen Grundsätzen (vor allem gilt § 766 nicht); die Ausgleichungsrechte gestalten sich allerdings auch bei ihr nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts.[1])

Die Bürgschaft kann

4. durch Veranlassung entstehen, d. h. dadurch, daß jemand die Ursache dafür ist, daß ein anderer einem Dritten

[1]) Entscheidungen bei Warneyer, Bürgerl. Gesetzb. zu § 765. Vgl. auch O.L.G. Köln, 18. Mai 1904 Z. franz. Z.R. XXXVI S. 160.

Vermögensvertrauen schenkt. Dies ist die Veranlassungsbürgschaft.[1])

II. Die Veranlassung kommt nicht in seelischer, sondern in juristischer Weise in Betracht: nicht die inneren Beweggründe des Handelns sind wesentlich, sondern der äußere Anstoß. Ein solcher kann vorliegen, wenn jemand die Verpflichtung übernommen hat, von der Vertrauensleistung abzuraten und dies vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat; er kann auch ohne solche Verpflichtung vorkommen, wenn jemand von sich aus durch Kreditanweisung die Vertrauensleistung veranlaßt hat. Der Grund der Bürgschaftshaftung liegt hier nicht in einem Vertrag, sondern in der Veranlassung; daher gilt die Formvorschrift des § 766 nicht, § 778;[2]) daher wirkt auch die Veranlassungsbürgschaft nur, soweit die Veranlassung reicht:

1. der Bürge haftet nur dem Kreditgeber gegenüber, er haftet nicht dem Rechtsnachfolger des Kreditgebers, soweit die Zusicherung bloß die persönliche Sicherstellung des ersten bezweckte;

2. in allen Fällen kann die Veranlassungsbürgschaft verhindert werden, indem man rechtzeitig abrät und dadurch die Veranlassung zurücknimmt, die Kreditanweisung insbesondere durch Widerruf (vgl. S. 418); hat der Gläubiger bereits Vertrauen gegeben, dann ist von einer Veranlassungsbürgschaft keine Rede mehr, höchstens insofern, daß er das Geldvertrauen, das er sonst aufhöbe, fortsetzt.[3])

III. Die Kreditanweisung kann mit einem Auftragsvertrag verbunden sein; in diesem Fall ist der Gläubiger nicht nur befugt, sondern verpflichtet, Vertrauen zu geben, vorbehaltlich des Widerrufs oder der Kündigung. Dies ist aber für die Bürgschaftshaftung unwesentlich.[4])

---

[1]) Hierüber ist vieles und nicht immer Erfreuliches geschrieben worden. Hervorzuheben durch Klarheit und Bündigkeit ist Bendix Arch. f. b. Recht XX S. 155.

[2]) Vgl. R.G. 31. Januar 1902, Seuffert 58 Nr. 31.

[3]) O.L.G. Marienwerder 15. Januar 1904, Mugdan IX S. 13.

[4]) Erwähnenswert ist es nur deshalb, weil man die ganze Einrichtung als mandatum qualificatum, als Auftragsbürgschaft unter den Auftragsvertrag gestellt hat! O des Romanismus! Unrichtig aber auch noch R.G. 5. November 1903 Jurist.Z. IX S. 169; richtig Marienwerder 21. April 1903, Mugdan VIII S. 84.

IV. Ist die Veranlassungsbürgschaft eingetreten, so steht sie der sonstigen Bürgschaft völlig gleich; sie ist insbesondere Bürgschaft für die Schuld, nicht bloße Schadloshaltungsbürgschaft; sie ist Bürgschaft mit der Einrede der Vorausklage, § 778 B.G.B.

β) Erlöschen.

§ 158.

Die zeitliche Bürgschaft ist eine Bürgschaft mit dem Höchststande, den die Schuld nach Ablauf einer bestimmten Zeit hat, und zugleich mit der Beschränkung, daß sie vor Ablauf dieser Zeit durch bestärkende Erklärung des Gläubigers an den Bürgen festgehalten werden muß; einer Beschränkung, welche die Bedeutung einer auflösenden Bedingung hat: fehlt es an solcher Erklärung, so erlischt die Bürgschaft, § 777. Diese Erklärung heißt auch Inanspruchnahme, sie geschieht durch ankunftsbedürftige Anzeige, wozu allerdings, wenn die Einrede der Vorausklage statthaft ist, noch die Vorausklage hinzutreten muß, in der Art, daß es genügt, wenn die Vorausklage innerhalb der Frist erhoben wird und wenn sodann nach Beendigung des Vorausklageverfahrens die Erklärung an den Bürgen unverzüglich nachfolgt: die Frist wird daher um das Vorausklageverfahren erstreckt, sodaß auch die Haftungshöhe nach dem Stand der Beendigung der erstreckten Frist bestimmt wird. Vgl. I S. 538.

2. Verwandte Rechtserscheinungen.

§ 159.

I. Der Bürgschaft verwandt ist der Sicherungsvertrag, welcher den Gläubiger gegen den durch etwaige Nichtschuld des „Hauptschuldners" entstehenden Nachteil decken soll. Er unterliegt der Form des § 766, abgesehen natürlich von dem Falle der Veranlassungsbürgschaft. Auch sonst gelten die Grundsätze der Bürgschaft; jedoch bleibt alles weg, was darauf gegründet ist, daß der Bürge nur für eine wirkliche Schuld haftet. Fälle des Sicherungsvertrages sind:

1. wenn jemand eine Bürgschaft für einen Geschäftsunfähigen oder Geschäftsbeschränkten übernommen hat, im Bewußtsein dieser Eigenschaften oder mit der Erklärung, daß

er auch im Falle einer solchen Rechtslage oder vielmehr Nichtrechtslage eintreten will;

2. bei der Abschwächungsbürgschaft: ein solcher Bürge haftet auch für den Fall, daß ein Geschäftsunfähiger der Träger der Hauptschuld wird;

3. wenn bei der Veranlassungsbürgschaft der Veranlassende die Anweisung gibt, einem Geschäftsunfähigen oder Geschäftsbeschränkten zu borgen; und dies gilt auch dann, wenn er diese Eigenschaften nicht kennt, es müßte denn sein, daß der Borgende sie kennt und insofern schuldhaft gegen den Veranlassenden handelt, als er ihn nicht besonders darauf aufmerksam macht;

4. wenn die Bürgschaftsschuld fortdauert, während die Schuld des Hauptschuldners erlischt; was dann der Fall ist, wenn der Bürge den Untergang der Hauptschuld in verschuldeter Weise bewirkt hat, z. B. dadurch, daß er den Gegenstand der Schuld zerstörte;

5. wird die Schuld infolge Vermögensverschlechterung des Schuldners nur deckungsunfähig, dann besteht ebenfalls die Bürgschaft fort (oben S. 417); dies ist aber keine Ausnahme von der Regel der Bürgschaft: denn die übrig bleibende deckungsunfähige Forderung wird nun die Stütze der Bürgschaft; wesentlich ist nur, daß die hierdurch eintretende Schwächung den Bürgen unberührt läßt.

II. Der Bürgschaft verwandt ist auch die Sicherungspflicht, welche verschiedene handelsrechtliche Einrichtungen in der Art kennen, daß, obgleich die Handelsgesellschaft eine juristische Person bildet, die einzelnen Mitglieder alle oder zum Teil für die Schulden einstehen müssen, und zwar für sämtliche Schulden, für Vertragsschulden wie für Schulden aus unerlaubten Handlungen, und nicht nur für die Vertragsschulden zur Zeit ihrer Beteiligung, sondern auch für solche, die von früher her bestehen.

Derartige Sicherungspflichten erwachsen insbesondere bei der offenen Handelsgesellschaft, in beschränktem Maße bei der Kommanditgesellschaft, und in eigenartiger Weise bei den drei möglichen Spielarten der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft. Sie unterliegen in ihrer Entstehung den besonderen Grundsätzen des Handelsrechts; § 766 gilt für sie nicht.

Solche Sicherungen sind der Bürgschaft verwandt und haben mit ihr das gemein, daß der Haftende sämtliche Einreden des Hauptschuldners geltend machen kann. Die Bestimmung aber, daß ihm die Einreden nicht entzogen werden dürfen, und ferner, daß spätere Rechtshandlungen des Hauptschuldners die Haftung des Bürgen nicht zu steigern vermögen, findet natürlich ihre Anwendung nur, sofern der Haftende aus der Gesellschaft ausscheidet und den weiteren Geschäftsbetätigungen fern bleibt: solange er nicht ausgeschieden ist, fallen ja auch alle künftigen Rechtshandlungen der Gesellschaft in ihren Schuldwirkungen auf ihn zurück; daher § 129 H.G.B. Auch die Bestimmung des § 770 findet ihre Anwendung (§ 129 H.G.B.); endlich muß auch einem solchen der Rückgriff zustehen, und zwar sowohl der einfache bürgschaftliche Rückgriff als auch der Rückgriff nach Maßgabe des Gesellschaftsbeteiligungsverhältnisses; nur daß natürlich auch hier der einfache bürgschaftliche Rückgriff durch das Gesellschaftsverhältnis beeinflußt sein kann; weshalb auch der vorschüßliche Rückgriff nach Maßgabe des § 775 ausgeschlossen ist: denn ein Anrecht auf Vorschuß wäre dem Gesellschaftsgedanken widersprechend.

III. Der Bürgschaft ähnlich ist es, wenn ein Dritter für den Schuldner ein Pfand oder eine Hypothek bestellt. Ein solcher verpflichtet sich nicht persönlich, aber er schafft ein Wertrecht, in ebenso vorschüßlicher Weise, wie der Bürge seine Verpflichtung darbietet. Daher haben einerseits die Vorschriften des § 766 hier keine Bedeutung,[1] andererseits findet alles, was auf der vorschüßlichen Leistung des Bürgen beruht, hier seine Anwendung, sodaß also die §§ 768 und 770 gelten (§§ 1210, 1211, 1137); vor allem aber besteht das Deckungsrecht, §§ 1225, 1143: der Leistende tritt in die Gläubigerforderung ein. Was aber das gegenseitige Verhältnis mehrerer Deckungsberechtigter anbetrifft, so müssen derartige Pfandinhaber dem Bürgen gleich behandelt werden, sodaß also der gegenseitige Rückgriff zwischen ihnen unter sich und zwischen ihnen und Bürgen nach Verhältnis stattfindet,[2] und zwar ohne

---

[1]) Vgl. O.L.G. Dresden, 5. Mai 1902, Mugdan 5, S. 323.

[2]) Das Verhältnis ist Gleichheitsverhältnis, sofern die Pfand-(Hypotheken)gegenstände nach ihrem Wert unter Berücksichtigung der voraus-

Rücksicht darauf, ob die Pfandsache noch in der Hand des Pfandbestellers oder ob sie bereits in dritter Hand ist. Ganz anders verhält es sich dann, wenn Pfand oder Hypothek vom Hauptschuldner bestellt ist; dann steht der Rückgriff gegen diese Berechtigungen auf der untersten Stufe: der Bürge kann gegen solche Pfänder oder Hypotheken seinen vollen Rückgriff nehmen, und dies auch dann, wenn der Schuldner die verpfändete Sache veräußert haben sollte: der Rückgriff gegen diese Pfänder steht in der Reihenfolge des Rückgriffs dem Rückgriff gegen den Hauptschuldner gleich, und dies Rückgriffsverhältnis wird nicht dadurch verschoben, daß der Hauptschuldner den Pfandgegenstand weggibt. Umgekehrt haben solche Pfandberechtigte, wenn sie erfüllen, keinen Rückgriff gegen den Bürgen.[1])

Im Sachenrecht ist nochmals darauf zurückzukommen.

---

gehenden Rechte Vollbefriedigung bieten; wenn nicht, dann ist die Rückgriffsbeteiligung auf entsprechende Weise zu mindern.

[1]) Am besten handelt über diese Fragen Koban, Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers (1904).

II. Abschnitt.

Schuldschöpfungen.

I. Allgemeines.

§ 160.

I. Die Schuldschöpfung ist eine Ausnahme von § 305 B.G.B. Gewöhnlich soll ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis durch Vertrag geschaffen werden, nicht durch bloßes Versprechen des Schuldners. Schon an und für sich müßte man jedenfalls dem Gläubiger die Möglichkeit geben, ein solches ihm aufgedrängtes Gläubigerverhältnis abzulehnen (wie beim Vermächtnis); außerdem aber ist es ein gesunder Gedanke, daß man überhaupt das Gläubigerverhältnis nur eintreten läßt, wenn der Gläubiger gezeigt hat, daß er an der Verbindlichkeit des Schuldners ein genügendes Interesse hat.[1]) In gewissen Fällen treten nun die Mißlichkeiten, welche die Haftung aus dem einseitigen Versprechen hätte, weniger hervor, und in solchen hat man denn auch eine Schuldschöpfung anerkannt; insbesondere wenn bestimmt wird, daß ein jeder Eigentümer einer Sache Gläubiger sein soll, in welchem Falle ja der Gläubiger sein Gläubigerrecht durch Aufgeben des Eigentums jederzeit von sich abwenden kann und es auch in der Gewalt hat, das Eigentum zu erwerben oder nicht.

II. Die Schuldschöpfung geschieht durch den Schuldner und unterscheidet sich daher von den Einrichtungen, die es dem Gläubiger ermöglichen, in gewisser Begrenzung andere durch seine Erklärung zu Schuldnern zu machen, so insbesondere von der Arbeitsordnung des Gewerberechts (Enzykl. I, S. 640).

III. Eine Schuldschöpfung erfolgt

---

[1]) Einführung in die Rechtswiss. (2. Aufl.) S. 21 und 74.

1. durch Stiftung und Nachstiftung und durch ähnliche Zuwendungen an sonstige zu gründende juristische Personen;

2. durch Sicherbieten zur Geschäftsbesorgung,

3. durch Begründung von Inhaberschuldbriefen (Schuldverschreibungen auf den Inhaber) und von Orderbriefen.

IV. Von der Schuldschöpfung, die darin besteht, daß der Stiftungsgründer seiner Stiftung Vermögen zusichert, ist bereits gesprochen worden (I S. 349, 422). Die nachträgliche Vergabung an eine Stiftung kann durch Schenkung erfolgen, dies namentlich, wenn sie von Dritten ausgeht; geht sie vom Stifter aus, so kann sie auch durch Zustiftung geschehen, d. h. dadurch, daß er dem Stiftungsgeschäft ein zweites Stiftungsgeschäft mit staatlicher Genehmigung folgen läßt: eine Zustiftung ist natürlich nicht fähig, die bisherige Stiftung in ihrem Bestand zu ändern, ihr andere Zwecke zu geben, denn sie steht, einmal geschaffen, sowohl dem Stifter als auch dem Staat als neues Wesen gegenüber: wohl aber darf sie die Stiftung in der Art ändern, daß sie sie bereichert und ihr neues Vermögen hinzufügt. Die Zustiftung enthält ebenfalls eine Schuldschöpfung.

V. Eine Schuldschöpfung durch Sicherbieten zur Geschäftsbesorgung kann geschehen

1. durch öffentliches Sicherbieten,

2. durch privates Sicherbieten gegenüber einer bestimmten Persönlichkeit; im ersten Fall entsteht eine allgemeine, im letzten eine besondere Pflicht, nicht zur Annahme des Geschäftsbesorgungsvertrags, aber zur Antwort, §§ 663, 675.

Die Verpflichtung gilt, ob der Erklärende entgeltlich oder unentgeltlich (z. B. für Arme, Notleidende) sich erboten hat; natürlich aber nur insoweit, als ein Dritter im Sinn dieses Erbietens einen Antrag gestellt hat; hat sich der Geschäftsbesorger zur entgeltlichen Besorgung bereit erklärt, so braucht er auf einen Antrag unentgeltlicher Besorgung nicht zu antworten.

Allerdings reicht diese Haftung über die Schuldschöpfung hinaus; auch wenn die Erklärung in nichtiger Weise erfolgt ist, haftet der Berufs- oder Gewerbetreibende, sofern er davon weiß und sich bei Empfang des Antrags in geschäftsfähigem Zustand befindet (vgl. oben S. 23f.); dies

schließt aber nicht aus, daß auch die schuldschöpferische Tätigkeit daneben schuldschöpferisch wirkt.[1])

II. Inhaberschuldbriefe.

1. Allgemeines.

§ 161.

I. Die Schuldschöpfung durch Inhaberschuldbriefe[2]) geschieht durch bloße Ausstellung, § 794; die Ausstellung erfolgt in Schriftform, doch gelten hier erhebliche Milderungen, § 793 (oben I S. 527) und § 807. Mit der Ausstellung entsteht die Forderung; sie entsteht, allerdings zunächst in der Person des Ausstellers, sodaß regelrecht Gläubiger und Schuldner die gleiche Person sind; doch ist dies nicht immer der Fall:

1. möglicherweise schafft der Aussteller einen Brief, der ihn zum Schuldner, aber einen Dritten, in dessen Namen er den Brief besitzt, zum Gläubiger macht, oder umgekehrt (§ 181 findet hier keine Anwendung, da das Geschäft nicht mit dem Gläubiger abgeschlossen wird);

2. möglicherweise entstehen durch vorgängige Erklärungen bereits Deckungen, an denen dritte Personen beteiligt sind;

3. schon vor Verausgabung der Inhaberschuldbriefe kann eine Zweiung zwischen Gläubiger und Schuldner dadurch eintreten, daß an den Papieren ein Pfandrecht bestellt oder eine Pfändung vorgenommen wird.[3])

Daraus ergibt sich von selbst: Inhaberschuldbriefe verpflichten den Verschreibenden, auch wenn sie wider seinen Willen seinem Gewahrsam entzogen wurden, sofern sie nur durch gutgläubigen Erwerb in das Eigentum eines Dritten gelangt sind, § 935.

II. Ein Inhaberschuldbrief kann niemals kraft gutgläubigen Erwerbs entstehen, aber er kann, falls erloschen, kraft

---

[1]) Daher ist die sofortige Ablehnung Erfüllung einer Verpflichtung, und dieserhalb trifft, sofern ein Gehülfe dabei tätig ist, § 278 zu. Der Geschäftsmann haftet daher unbedingt, wenn sein für Empfangnahme und Abgabe der Briefsachen bestellter Gehülfe ihm die Anfrage nicht vorlegt und diese daher unbeantwortet bleibt. Unrichtig R.G. 21./28. Juni 1901, Seuffert 57 Nr. 8 (Bureauvorstand eines Notars).

[2]) Das B.G.B. spricht von Schuldverschreibungen auf den Inhaber!

[3]) Vgl. Segrè, Riv. di dir. comm. II 1 p. 240f.

unkundigen Erwerbs wiedererstehen. Hiervon ist unten S. 438 zu handeln.

III. Inhaberschuldbriefe können Verschreibungen des Kleinverkehrs und des Großverkehrs sein. Zu den letzteren gehören alle auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten Verschreibungen, weil, wenn sie auch auf eine geringe Summe gehen, sie doch meist in großer Masse hergestellt werden und auf solche Weise tiefe Furchen in den Verkehr ziehen. Andere Schuldbriefe, die nur auf untergeordnete Werte gehen, Schuldbriefe des Kleinverkehrs, unterliegen zwar im allgemeinen den Bestimmungen über Schuldbriefe, jedoch mit der Besonderheit, daß gewisse wichtige Grundsätze, die über Erneuerung, über die Vorlegungsfrist und über das Verhältnis von Haupt- und Nebenbriefen für sie nicht gelten, § 807; über ihre Kraftlosigkeit und Zahlungssperre können die Landesgesetze Bestimmung treffen, A. 102.

Schuldbriefe des Kleinverkehrs können Karten, Marken u. dgl. sein, welche keine Unterschrift enthalten: sie können in Vermerken bestehen, die lediglich eine kurze Kennzeichnung der an den Inhaber zu machende Leistung bieten, § 807. Insofern unterliegen sie den Grundsätzen der Schriftform nicht.

IV. Für Zinsen, Renten und Gewinnanteile können besondere Schuldbriefe ausgestellt werden (Nebenbriefe). Diese haben einige Besonderheiten. Sie sind 1. Schuldbriefe für Nebenverpflichtungen, deren Entstehung daher von dem Fortbestand der Hauptverpflichtung abhängig ist (oben S. 114). Dies ist durchgeführt bezüglich der Renten und Gewinnanteile, nicht aber bezüglich der Zinsen: bei diesen sollen die Nebenbriefe nicht als Schuldbriefe für eine Nebenverpflichtung, sondern als Schuldbriefe für eine Hauptverpflichtung betrachtet werden, mindestens in der Art, daß das Fortbestehen der Hauptschuld keine Bedingung für das Entstehen der Nebenschuld ist. Daher entstehen die Zinsverbindlichkeiten aus bereits hergestellten Zinsschuldbriefen (Koupons) weiter, auch wenn die Hauptverbindlichkeit erloschen ist und daher keine Zinsen mehr aus sich erzeugen kann. Der Grund ist der: solche Zinsschuldbriefe sollen im Verkehr unbeanstandet umlaufen, sodaß man nicht nötig hat, sich darüber zu verlässigen, ob sie nicht etwa erst nach Erlöschen der Hauptverbindlichkeit

entstanden sind: das Bestehen der Hauptverbindlichkeit ist daher nicht Bedingung, wohl aber Voraussetzung, sodaß, wenn nach Erlöschen der Hauptverbindlichkeit noch Zinsschulden auf solche Weise entstanden sind, diese eine ungerechtfertigte Bereicherung des Hauptschuldgläubigers darstellen; daher geht ihr Betrag von der Hauptforderung ab und dem Gläubiger der Hauptverbindlichkeit wird das Hauptgeld nur insoweit geschuldet, als nicht derartige unberechtigte Zinsverpflichtungen erwuchsen: er muß daher, wenn er die Vollzahlung des Hauptgeldes haben will, die Nebenbriefe für die nach Erlöschen des Hauptgeldes erwachsenen Zinsen mit herausgeben, § 803.

So wenn die Hauptforderung entstanden ist; ist diese dagegen niemals entstanden, so entstehen auch die Zinsverbindlichkeiten nicht; insofern ist die Bestimmung des § 803 eine Halbheit — eine notwendige Halbheit, weil andernfalls das ausgleichende Mittel, der Abzug an der Hauptgeldforderung fehlt.[1])

V. Erneuerungsbriefe sind Inhaberschuldbriefe, die eine Berechtigung auf Zins- oder Rentenbriefe gewähren; sie sind Inhaberschuldbriefe, die im Wettrecht stehen mit den Befugnissen des Hauptbriefberechtigten, der ebenfalls Zins- und Rentenscheine verlangen kann: in diesem Zusammenstoß hat der letztere den Vorzug, in der Art, daß wenn der Hauptbriefinhaber sein Recht geltend macht, er dem Erneuerungsbriefinhaber vorgeht, § 805. Kraftloserklärung findet daher bei Erneuerungsbriefen nicht statt; sie ist hier unnötig, da der Zweck des Erneuerungsbriefs auch durch den Hauptbrief erreicht werden kann.

VI. Inhaberschuldbriefe, welche auf eine bestimmte Geldsumme gehen, haben im Verkehr besondere Aufgaben. Sie kreisen in anderer Weise als irgend welche andere Schuldbriefe, denn sie gehen auf etwas, was Gegenstand des allgemeinen Bedarfes ist; und da sie auf eine bestimmte Summe gehen, so sind sie mehr oder minder losgelöst von irgend welcher Zusammengehörigkeit zu einem bestimmten Geschäftsverhältnis. Sie können daher kreisen, um als Geschäftswerte und als Anlagewerte zu dienen.

---

[1]) Über die Selbständigkeit in Bezug auf die Verfügung vgl. § 1296.

Darin liegen aber besondere Gefahren: derartige Briefe können, da eine besondere Nachprüfung ihrer Vertrauenswürdigkeit im einzelnen Fall nicht immer geschehen kann, großes Verderben stiften; sie können ein unbegrenztes und unverdientes Vertrauen erwerben und nicht nur einzelne schädigen, sondern in die tiefsten Verkehrskreise hin ihre Scheinwerte senden, deren Scheinhaftigkeit nach einiger Zeit schwere Schäden und große wirtschaftliche Verluste zur Folge hätte.

Darum verlangt die Schuldschöpfung solcher Briefe, sofern sie im Inlande erfolgt,[1]) einen Verleihungsakt (Genehmigung) des Staates, kraft dessen dem Aussteller die Befugnis zur Ausgabe in Verkehr gegeben wird. Der Verleihungsakt ist eine Verwaltungsmaßregel, bezüglich welcher die Zweckmäßigkeitserwägung der Verwaltungstätigkeit entscheidet; diese Verwaltungstätigkeit ist eine Tätigkeit der Einzelstaaten oder des Reichs, eine Tätigkeit der Einzelstaaten, sofern der Aussteller in einem der Bundesstaaten seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat; hat er sie in einem der deutschen Schutzgebiete, so muß an dessen Stelle die Verwaltungstätigkeit des Reichs treten, § 795.

Der Verleihungsakt ist Voraussetzung für die Gültigkeit der Schuldschöpfung; der Akt kann widerrufen werden, solange noch keine Urkunden in Verkehr gebracht sind; sind sie in Verkehr gebracht, so ist die Verleihung unwiderruflich.

Verleihung ist nötig für Schuldbriefe, die auf eine bestimmte Geldsumme gehen, daher nicht für solche, die auf irgend eine andere Leistung als Geld gerichtet sind, auch nicht für solche, die zwar auf Geld lauten, aber nicht auf eine bestimmte Summe, so z. B. auf die Verpflichtung, einen bestimmten Schaden zu vergüten; daher können Versicherungsbriefe ohne solche staatliche Verleihung auf den Inhaber gestellt sein. Sollte das Geschäft auf eine bestimmte und unbestimmte Geldsumme zugleich lauten, so wäre die staatliche Verleihung erforderlich, es müßte denn sein, daß die bestimmte Geldsumme nur einen ganz beiläufigen Charakter hätte und für die Kennzeichnung des Geschäftes ohne Erheblichkeit wäre.

---

[1]) Für ausländische gilt das Zwischenstaatsrecht.

Die Verleihung ist für alle Schuldbriefe auf eine bestimmte Geldsumme nötig, welches Ziel sie immer zu verfolgen haben. Auch dann, wenn hierdurch eine Renten- oder eine Zinsverbindlichkeit verwirklicht werden soll, bedarf es der Verleihung, so insbesondere, wenn man zu einem Namensbrief Zins- oder Rentenbriefe hinzuschaffen will; sonst wäre nichts leichter, als die Bestimmung des Gesetzes dadurch zu umgehen, daß man eine Reihe von Hauptschuldbriefen auf den Namen ausstellte, etwa mit einer Scheinabrede, und dann die große Reihe der Nebenbriefe in die Welt schickte.

Besondere Erschwerungen gelten[1]) für Banknoten, d. h. für Inhaberschuldbriefe auf eine bestimmte Summe, die unverzinslich und auf Sicht zahlbar sind und daher das Geld vertreten können: sie dürfen nur von den reichsgesetzlich ermächtigten Notenbanken ausgestellt werden, Bank-Ges. §§ 1 ff.

2. Rechtliches Wirken.

§ 162.

I. Die Schuldschöpfung eines Inhaberschuldbriefs ist ein Rechtsgeschäft und bedarf daher der Voraussetzungen des Rechtsgeschäftes. Daher ist die Schuldschöpfung eines Geschäftsunfähigen ungültig, ebenso ist die eines Geschäftsbeschränkten unwirksam, sofern nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters als Einwilligung gegeben ist oder als Genehmigung nachfolgt.

Sodann unterliegt die Schuldschöpfung den Grundsätzen über die Willenserklärung und den Regeln, die entscheidend sind, wenn eine Willenserklärung abirrt oder erzwungen oder erschlichen wird, oder auch, wenn die Willenserklärung nur eine scheinhafte ist. Doch ist Folgendes zu bemerken: eine Abrede, daß das Geschäft nur zum Schein erfolgen solle, hat nur unter den Verabredenden Bedeutung; die einseitige Erklärung des Scheines aber wirkt nur gegenüber den Personen, welche mit der Schulderklärung auch die Scheinerklärung erhalten haben, oder welche mindestens von dieser Scheinerklärung wissen; denn da bei der Schuldschöpfung die Erklärung gegenüber einer unbestimmten Menge von Personen

---

[1]) Für Inhaberbriefe mit Prämien gilt das Gesetz v. 8. Juni 1871 (Geldstrafe bei Zuwiderhandlung § 6).

erfolgt, so ist die Gegenerklärung, welche die Erklärung zur Scheinerklärung macht, nur in soweit ein unschädlichmachender Akt, als sie zugleich mit der Haupterklärung den Erwerbern des Briefs zukommt. Anderen gegenüber hat eine Scheinerklärung nur die Bedeutung eines geheimen Vorbehalts, einer unverbindlichen „Mentalreservation". Daher wäre eine solche Briefausstellung auch verpflichtend, wenn sie etwa zum Zwecke der Belehrung oder der schauspielerischen Aufführung stattfände und die Briefe verbreitet und von einem unkundigen Dritten erworben würden; sofern nicht der Zweck der Belehrung oder der dramatischen Darstellung aus den Briefen selbst hervorginge.

Anders verhält es sich im Fall von Zwang oder Irrtum; denn in diesem Falle ist die einseitige Erklärung selbst dem Zwang oder Irrtum ausgesetzt und allen gegenüber, an welche die Erklärung gelangt, mit einem Mangel behaftet; bei der Arglist allerdings ist die Anfechtungsbefugnis nur gegenüber dem statthaft, der beim Erwerb die Täuschung kannte oder sich in Bezug auf die Kenntnis in Fahrlässigkeit befand; im übrigen erfolgt die Anfechtung nach § 143 durch Erklärung an den Erwerber. Man hat zwar diesen ganzen Satz mit Rücksicht auf Unzuträglichkeiten, welche er für den Verkehr mit der Urkunde im Gefolge hätte, bestritten; allein man muß in Betracht ziehen, daß, so sehr der Verkehr zu befördern ist, doch der einzelne dem Verkehr nicht geopfert werden darf, und daß die erste Regel bei der Schuldschöpfung wie bei Rechtsgeschäften die ist, daß das Einzelwesen zu handeln hat und daß in seinen Handlungen die Mängel der Willensäußerung mit zu berücksichtigen sind. Sonst könnte man auch einen Geschäftsunfähigen im Interesse des Verkehrs haften lassen, oder man könnte jemanden haften lassen aus einer geschickt gefälschten Urkunde, was alles vollkommen unstatthaft wäre. Richtig ist nur Folgendes: man kann es als ein Gebot von Treu und Glauben betrachten, daß der Schuldschöpfer in Fällen von Irrung, Zwang und Betrug mindestens dann, wenn die ihn beherrschenden Mißstände aufhören, unverzüglich eine öffentliche Erklärung abgibt, sodaß Dritte gewarnt werden, die Urkunde zu erwerben: er darf den Verkehr nicht ohne jede Aufklärung und Belehrung lassen. Tut er dies nicht, und ficht er später sein Rechtsgeschäft an, so ist die Schuld-

haftung, trotz erfolgter Anfechtung, gegenüber dem unkundigen Erwerber gültig entstanden.

II. Jedes Recht eines Erwerbers ist selbständig und geht zurück auf die in der Ausstellung liegende, einem jeden Briefeigentümer ein Schuldrecht zusichernde Erklärung. Keiner erwirbt die Forderung von seinem Vorgänger, sondern jeder selbständig aus der Ausstellung des Briefes. Daraus ergibt sich von selbst: die etwaigen Einreden oder Einwendungen gegen einen früheren Eigentümer berühren den späteren nicht, § 796. Dies gilt allerdings nicht für die Erfüllung; denn die Erfüllung tilgt die Schuld nicht nur gegenüber dem gegenwärtigen Eigentümer, sondern sie tilgt die Schuld überhaupt, so daß also die Einwendung der Erfüllung nicht aus der Person des Vorgängers abzuleiten ist, sondern aus dem Brief selbst und den Bedingungen, denen er untersteht. Hier aber gilt der Satz: die durch Erfüllung getilgte Briefschuld gewinnt ihre Kraft wieder in der Hand eines unkundigen Erwerbers.

Darum braucht der Schuldner nur gegen Rückgabe des Briefes zu leisten, denn er würde sich sonst der Möglichkeit aussetzen, daß der Brief in die Hände eines unkundigen Erwerbers käme und die Forderung gegen ihn wieder entstünde. Teilleistungen sind entsprechend auf dem Brief selber kundzugeben, sodaß der Brief nach seinem Inhalt sich entsprechend beschränkt, §§ 796, 797.

III. Daher müssen auch die Inhaberschuldbriefe zum Zweck der Leistung vorgelegt werden; dies umsomehr, als der Gläubiger und der Leistungsempfänger jeden Augenblick wechseln können, und zwar durch Umstände, welche sich der Kenntnis des Schuldners entziehen; sodaß der Schuldner sonst keine Sicherheit hätte, ob er wirklich dem Gläubiger oder Empfangsbefugten Zahlung bietet. Ein solches Gegenübertreten des Briefinhabers und des Schuldners heißt Vorlegung; denn es erfolgt dadurch, daß der Brief vorgewiesen und zur Übergabe gegen Leistung dargeboten wird. Daß dies nicht in die fernsten Zeiten verschoben werden darf, ist das dringende Interesse des Schuldners, der sonst nicht in der Lage ist, seine Vermögensverhältnisse in Ordnung zu halten.[1]) Um dies zu erreichen, könnte man

[1]) Er müßte sich denn durch Hinterlegung helfen, was aber doch eine schwerfällige Abhilfe wäre.

an eine Verjährung des Rechts auch vor der Vorlegung denken, indem die Vorlegungsmöglichkeit bezüglich des Beginns der Verjährung der Vorlegung gleichstünde. Das dürfte aber den Bedürfnissen nur mangelhaft entsprechen: denn in solchem Fall könnten nur die Folgen der Verjährung eintreten; ein wesentliches Erfordernis ist es aber, daß der Brief, welcher nicht innerhalb einer bestimmten Zeit vorgelegt ist, vollkommen aus der Klasse der Lebenden gestrichen wird. Daher sind die Inhaberschuldbriefe mit einer auflösenden Bedingung belastet worden: sie erlöschen, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist vorgelegt werden; sie erlöschen dann nicht nur gegenüber dem letzten Inhaber, sondern gegenüber jedem möglichen Inhaber. Doch sind die Grundsätze über Vorlegungsfrist nachgiebigen Rechtes: regelrecht besteht eine Frist von 30 Jahren, beginnend mit dem Leistungstag, § 801; natürlich wird die Frist durch Zahlungssperre gehemmt, da die Zahlungssperre eben die Vorlegung erfolglos machen würde, § 802;[1]) sie wird aber auch gehemmt durch höhere Gewalt in den letzten 6 Monaten und nach §§ 206, 207.[2]) Nebenbriefe aber haben eine 4jährige vom Ende des Leistungsjahres zu rechnende Vorlegungsfrist.

IV. Jeder Inhaberschuldbrief enthält zugleich die Bestellung eines Leistungsempfängers, in der Art, daß der Schuldner auch an einen anderen als den Gläubiger leisten und sich dadurch von seiner Schuld befreien kann. Gläubiger ist nämlich immer der Eigentümer des Briefes oder derjenige, der daran die Nutzberechtigung hat, also insbesondere auch der Pfandgläubiger: dieser nicht bloß nach Maßgabe der sonstigen Grundsätze über Pfandgläubigerschaft, sondern ohne weiteres (§ 1294 B.G.B.). Dagegen kann der Schuldner an jeden Inhaber mit der Wirkung leisten, daß er sich befreit, und zwar nicht bloß an den Eigenbesitzer, sondern auch an den Fremdbesitzer, sei es daß der Fremdbesitzer in seinem Namen,

---

[1]) Das Nähere bezüglich der Zahlungssperre gehört dem Zivilprozeß an, § 1019f. Die Hemmung beginnt übrigens nicht erst mit der Zahlungssperre, sondern schon mit dem Antrag auf Zahlungssperre.

[2]) Man bezieht gewöhnlich den letzten Satz von § 802 auf die 6 monatliche Aufgebotseinleitungsfrist. Mag dem sein, wie ihm wolle: jedenfalls müßten diese §§ rechtsähnlich gelten, vgl. oben I, S. 260.

sei es daß er im Namen des Eigenbesitzers handelt, § 793.[1]) Die Leistung erfolgt auch wirksam an den Besitzgehilfen (z. B. den Diener), der sich im Gewahrsam der Urkunde befindet, und Leistungsversuch steht, wenn etwa der Leistungsempfänger geschäftsunfähig oder geschäftsbeschränkt ist, der Leistung gleich (vgl. oben S. 60, 188).

Die Folge ist: der bloße Inhaber kann die Leistung nicht verlangen, es kann aber in erfüllender Weise an ihn geleistet werden; jedoch muß, was den Anspruch auf Erfüllung betrifft, die Vermutung des § 1006 gelten: der Schuldner würde sich verantwortlich machen, wenn er dem Besitzer nicht leistete, sofern er nicht erhebliche Gründe hat, ihn als Nichteigentümer zu erachten.[2])

V. Der Schuldner ist nicht zu einer Mehrleistung verpflichtet; eine solche läge aber vor, wenn die Verpflichtung des Schuldners auf eine unteilbare Handlung geht und der Gläubiger eine Teilung dadurch bewirken wollte, daß er nach Beginn der Leistung den Inhaberbrief übertrüge, so daß die Fortsetzung von einem Andern entgegengenommen würde: die Verwandlung der einen unteilbaren Leistung in einer Reihe kleinerer Leistungen überlastet den Schuldner.[3])

VI. Der Verlierende hat nach Billigkeitsrecht unter Umständen seine Forderung ohne den Brief und abgelöst von ihm, § 800.[4]) Das steht eigentlich mit dem Wesen der Rechtseinrichtung in Widerspruch, denn der Schuldner will nur an den Eigentümer des Briefes zahlen, und einen solchen gibt es nicht mehr. Doch wäre dies eine ungerechtfertigte Bereicherung des Schuldners, insofern als diese Gefahr nicht mit zur

---

[1]) Damit hat die Gesetzgebung das System angenommen, das ich Arch. f. b. Recht VI S. 322 vertreten habe.

[2]) Daher dürfte z. B. der Bahnbeamte, welcher den Diebstahl einer Fahrkarte mit angesehen hat, dem Dieb die Zulassung zur Fahrt verweigern. Über die Bedeutung der „Vermutung" vgl. Arch. f. ziv. Prax. 96 S. 363f.

[3]) Vgl. S. 44, 165; Arch. f. b. Recht VI, S. 319f. Ob bei einem solchen Mißbrauch des Briefs, der namentlich dann vorkommen kann, wenn der Brief in mehrere Abschnitte zerfällt, strafrechtlicher Betrug vorliegt, ist allerdings eine andere Frage.

[4]) Wird das Papier nur beschädigt oder teilweise zerstört, so daß es noch in seinem Eigenwesen zu erkennen ist, so ist der Schuldner, natürlich gegen Kostenersatz, ohne weiteres zur Neuausstellung verpflichtet, § 798.

Gesamtbestimmung des Schuldverhältnisses gehört und es keine tiefere Begründung im wirtschaftlichen Leben hätte, wenn durch eine solche die stoffliche Unterlage der Forderung treffende Schickung der Schuldner befreit würde und zum Nachteil des Verlierenden einen Vorteil erlangte. Es wäre deshalb die Behandlungsweise denkbar, daß zwar das Forderungsrecht des Gläubigers erlöschte, er aber ein Ersatzrecht wegen ungerechtfertigter Bereicherung erlangte. Anstatt dessen hat das Billigkeitsrecht die Bestimmung gesetzt, daß der Verlierende so behandelt werden soll, als ob er den Brief noch hätte, daß er also trotz des Verlustes der Unterlage sein ursprüngliches Forderungsrecht nicht einbüßt, daher auch einen neuen Schuldbrief verlangen kann, § 800.

Diesem Bestreben des Billigkeitsrechts steht aber die Möglichkeit entgegen, daß das Papier noch besteht und in die Hände eines gutgläubigen Erwerbers gekommen ist, der hiernach kraft des Regelrechts forderungsbefugt wäre. Darum ist es von Wert festzustellen, ob ein solcher gutgläubiger Erwerber in einer das Billigkeitsrecht ausschließenden Weise vorhanden ist. Diese Feststellung erfolgt nun durch das altdeutsche Aufgebotsverfahren, welches auf dem Rechtsgedanken beruht, daß ein Urteil gegen Dritte, die in dem Prozeß zugezogen worden sind, wirksam wird, und daß eine Zuziehung Dritter durch öffentliche Aufforderung kraft Gerichtsrechts erfolgen kann.[1]) Dieses Verfahren bewirkt, daß, wenn sich keiner meldet, der im Prozeß sein Eigentum am Briefe darlegt, das Billigkeitsrecht des Verlierenden als unbedingt geltend erklärt und folgeweise ein etwa noch vorhandenes Forderungsrecht eines gutgläubigen Erwerbers als erloschen und das Papier als kraftlos, d. h. unfähig bezeichnet wird, weiterhin Träger einer Forderung zu sein, §§ 799f. (Brieftötung).

Die ganze Behandlungsweise beruht auf der Idee der Billigkeit, und diese tritt nicht überall hervor, denn sie wird vielfach durch Gegeninteressen gehemmt; so namentlich, wenn das Vorhandensein von kraftlosen Urkunden den Verkehr erheblich

---

[1]) Über das Aufgebotsverfahren im Altdeutschen Recht vgl. mein Verfahren des Hofgerichts Rottweil S. 101f.

schädigen und belästigen würde, und vor allem dann, wenn die Briefe so rasch kreisen, daß ein Ausscheiden der kraftlosen von den wirkungsfähigen Urkunden der Aufgabe der Rechtseinrichtung widerspräche. Es läßt sich darum die Brieftötung bei Banknoten, überhaupt bei Briefen auf eine bestimmte Geldsumme, die auf Sicht zahlbar sind und ohne Zinsen laufen und deshalb Geldaufgeben erfüllen, nicht anwenden, § 799. Sie läßt sich auch nicht anwenden auf Nebenpapiere, also auf Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine; in Bezug auf diese tritt jedoch das Billigkeitsrecht in der Art hervor, daß der Verlierer nach Ablauf der Vorlegungsfrist die Zahlung verlangen kann, sofern er, im Laufe dieser Frist, dem Schuldner den Verlust zur Anzeige gebracht hat, § 804.

Im übrigen ist der ganze Billigkeitssatz nachgiebigen Rechts: es ist möglich, das Billigkeitsrecht durch schuldschöpferische Erklärung im Papier auszuschließen oder zu beschränken, sowohl was die Haupt- als was die Nebenpapiere betrifft, §§ 799, 804 B.G.B.; eine Erweiterung dagegen durch schuldschöpferische Erklärung ist nicht möglich.

VII. Eine Umwandlung des Inhaberschuldbriefs kann in der Art geschehen, daß seine Begebungsfähigkeit aufgehoben und das Gläubigerrecht auf einen bestimmten Gläubiger gefestigt wird. Man sprach hier von Vinkulierung des Papiers oder von Außerkurssetzung. Eine solche konnte früher der Gläubiger selbst vornehmen, konnte sie aber auch wieder aufheben, sei es ohne weiteres, sei es unter obrigkeitlicher Beihilfe. Diese Befugnis des Gläubigers hat aufgehört. Die Aufhebung der Begebungsfähigkeit kann heutzutage nur dadurch geschehen, daß der Schuldner unter Zustimmung des Gläubigers die Urkunde ändert und einen entsprechenden Zusatz macht; mit Recht, denn es ist zwar nicht eine grundsätzliche Verwandlung, aber doch eine Erschwerung in der Stellung des Schuldners, wenn die Begebungsfähigkeit und damit die Möglichkeit aufhört, an jeden Inhaber zu leisten. Der Schuldner ist daher auch nicht ohne weiteres gehalten, den Brief auf solche Weise umzugestalten, außer soweit ausnahmsweise für gewisse Inhaberschuldbriefe landesgesetzlich derartige Verpflichtungen festgesetzt sind. Vgl. § 806 und A. 101; vgl. auch A. 176 und oben I S. 75f.

3. Ähnliche Rechtserscheinungen.

§ 163.

I. Den Inhaberschuldbriefen sind im gewissen Sinne die Legitimations(-Empfangs)briefe verwandt: hier bestimmt die Innehabung des Papieres nicht die Gläubigerschaft, aber es gilt Folgendes:

1. Der Schuldner hat eine zeitliche Einrede, solange der Empfangsbrief nicht beigebracht oder nicht wegen der Nichtbeibringung die entsprechende Sicherheit geleistet ist (vgl. I S. 195);

2. wird dem Inhaber des Empfangsbriefs geleistet, so ist richtig geleistet, denn der Inhaber ist Leistungsempfänger, § 808;

3. der Empfangsbrief steht dem Träger der Forderung zu eigen zu (§ 952 B.G.B.); er kann sich jedoch in der Weise gegenüber der Forderung verselbständigen, daß an ihm ein (von dem Recht an der Forderung unabhängiges) Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht begründet wird, vgl. H.G.B. § 788;[1])

4. Eine Brieftötung ist auch bei ihnen kraft nachgiebigen Rechtes möglich; das Landesgesetz kann aber ein anderes Verfahren als das Aufgebotsverfahren vorhergehen lassen, auch im Aufgebotsverfahren einiges Besondere bestimmen, § 808, A. 102 B.G.B., § 1023 Z.P.O.

II. Von den Empfangsbriefen wohl zu unterscheiden sind

1. die Papiergeldscheine (Brief- und Stempelmarken)[2]): diese sind keine Inhaberschuldbriefe, denn sie geben kein Anrecht auf eine Leistung; sie sind auch keine Empfangsbriefe, denn sie haben kein bestehendes Recht auf eine Leistung zu unterstützen, sondern sie sind Papiergeld, allerdings mit beschränkter Zahlungskraft;

2. die Ausweisbriefe, d. h. solche Briefe, welche dazu dienen, eine Ausweispflicht zu erfüllen, z. B. Straßenbahnbillets: hier gilt der Grundsatz, daß ein jeder Fahrgast während der Dauer der Fahrt sich ausweisen muß, ansonst, ihm ohne

---

[1]) O.L.G. Dresden 24. Februar 1902, Mugdan IV S. 335.

[2]) Briefmarke im Recht, Arch. f. b. Recht VI S. 316f.

Rücksicht darauf, ob er bereits bezahlt hat oder nicht, eine Zahlungspflicht obliegt (S. 143). Der Brief hat hier bloß die Bedeutung, die Ausweispflicht zu erfüllen und dadurch den Verfall der Strafe abzuwenden. Daß er außerdem ein beweisendes Anzeichen (Indicium) für die Zahlung bietet, gehört nicht hierher.[1])

[1]) Vgl. Seelmann im Arch. f. b. Recht XXV S. 186f.

III. Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus latenten Rechtshandlungen, Menschenhilfe.

I. Allgemeines.

§ 164.

I. Das Eintreten für notleidende Interessen anderer durch eigene Handlungen, auch unter Aufwendung aus seinem eigenen Vermögen, heißt im Gesetz „Geschäftsführung ohne Auftrag“, sofern der Aufwendende sein eigenes Gut nur vorschüßlich opfern, es nicht für immer einem fremden Vermögen daran geben will. Der Ausdruck ist ungeeignet und mehrdeutig; wir gebrauchen die Bezeichnung „Menschenhilfe“.

Denn ein solches Eintreten ist durch die Vorstellung der gegenseitigen Menschenhilfe gerechtfertigt: es ist zwar keine Rechtspflicht, aber in vielen Fällen eine sittliche Aufgabe, in jedem Falle ein sittliches Handeln, wenn man seine Tätigkeit fremden Interessen dienstbar macht und diesen, wenn auch nur vorschüßlich, sein Vermögen opfert. Solches ist zugleich ein Vorteil der Gesamtheit, denn ihr ist im höchsten Grade gedient, wenn ein jeder, dessen Interesse notleidet, auf vorschüßliche Unterstützung seiner Mitmenschen rechnen kann.[1]) Wie das gesamte Schuldrecht,[2]) so beruht daher auch dieses Verhältnis auf der Verbindung eines sittlichen und eines wirtschaftlichen Gedankens. Man hat das Verhältnis an den Auftragsvertrag angelehnt; aber dies ist sehr äußerlich, im B.G.B. geradezu fehlerhaft: denn die Menschenhilfe kann ein jedes Handeln

---

[1]) Dies habe ich ausgeführt in meiner Abhandlung „Menschenhilfe im Privatrecht“ in den Jahrb. f. Dogmat. XXV S. 1f. Was gegen diese Aufstellungen vorgebracht worden ist, kann unberührt bleiben.

[2]) Rechtsenzyklopädie I S. 41, 42.

für einen anderen umfassen, und nur dann, wenn sie in einer Geschäftsbesorgung besteht, ist ihr Verhältnis dem Auftragsverhältnis einigermaßen verwandt. Das Handeln des Helfers kann in ganz anderen Dingen bestehen, vor allem in leiblicher Hilfe und in einer nicht dem Verkehrsleben angehörigen Besorgung von Vermögensverhältnissen; so z. B. wenn ich ein fremdes Haus stütze oder eine fremde Sache, die in Gefahr steht, rette und dem Eigentümer erhalte.

II. Diese Menschenhilfe ist ein bürgerlichrechtliches Verhältnis; das Eingreifen der Polizeiorgane des Staats ist nach anderen Grundsätzen zu behandeln, wenn auch bezüglich der Ersatzpflicht auf die Ähnlichkeit des B.G.B.'s zurückgegriffen werden kann.

III. Ein solches Eintreten kann freigebig sein und ist dann eine Freigebigkeitshandlung, wofür in gewissen Kreisen die Vermutung spricht, §§ 685, 1618; ist es nicht freigebig, dann tritt der Gedanke zu Tage, daß die Aufwendungen nur vorschüßlich gemacht und darum zu ersetzen sind. Hier ist eine Menschenhilfe im engeren Sinne gegeben.

IV. Eine „erstreckte" Menschenhilfe liegt dann vor, wenn jemand nicht unmittelbar für die Interessen eines anderen tätig ist, sondern mittelbar dadurch, daß er einer Mittelperson Zuwendungen macht, welche diese wiederum in das Vermögen eines Dritten einlegen soll: erfolgt dann diese Einlage, so ist eine Menschenhilfe durch die Vermittlung der Zwischenperson hindurch an den Inhaber des bereicherten Vermögens vollzogen; z. B. jemand gibt der Frau ein Darlehn, damit sie eine Vermögensschwierigkeit im Geschäft des Mannes beschwöre, und die Frau verwendet das Darlehn in der abgesprochenen Weise.

V. 1. Menschenhilfe im bürgerlichen Recht ist immer ein Eintreten in fremdstrebender (altruistischer) Absicht. Keine Menschenhilfe ist es, wenn jemand in Eigenabsicht tätig war, sofern er das Geschäft für das einige hielt und glaubte, daß es innerhalb seines Vermögenskreises liege. In diesem Falle kann eine Verantwortung entstehen, sofern er schuldhaft fremde Dinge für sein eigenes Vermögen hielt, wie dies S. 452, 522 darzulegen ist. Umgekehrt kann ein Ersatzrecht wegen Verwendung und wegen ungerechtfertigter Bereicherung erwachsen. Im

übrigen liegt hier kein Rechtsverhältnis vor, und insbesondere auch keine besondere Verpflichtung zur Sorgfalt, aber auch kein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, soweit er sich nicht aus anderen Gründen rechtfertigt, § 687.

Das Gleiche gilt auch dann, wenn bei der Folgenverknüpfung der menschlichen Verhältnisse aus dem Eigenhandeln Vorteile für einen anderen hervorgehen, wenn also jemand in der Art zu seinen Gunsten gehandelt hat, daß dadurch folgeweise ein förderndes Ergebnis für Dritte entsteht; so namentlich wenn jemand auf seinem Grundstück eine Anlage macht, wodurch mittelbar das Nachbargrundstück Vorteile genießt, wie z. B. durch die Gesundung des Geländes, durch Beleuchtung, durch Fernhaltung der Blitzgefahr, durch Verbesserung der Aussicht usw. Eine derartige Anlage, auch wenn sie dem anderen Grundstück nützt, ist doch nur eine Eigenanlage; denn sie hebt entweder bloß ein auf dem eigenen Grundstück bestehendes Hindernis oder sie ist der Fürsorge für das eigene, nicht der Fürsorge für das fremde Grundstück gemäß: wenn auch die Beleuchtung des einen Grundstücks dem anderen nützlich ist, so ist sie doch nicht eine der Beleuchtung des anderen Grundstücks entsprechende Anlage.

Anders, wenn die Anlage eine Gemeinsamkeitsanlage ist: wenn nicht bloß ein im eigenen Grundstück liegendes Hindernis beseitigt wird, und wenn die Anlage in der Art erfolgt, wie eine Anlage für das Nachbargrundstück zu erfolgen hat, so z. B. wenn jemand durch Dammbauten seines und des Nachbargrundstücks Gefahr abwendet. In solchem Fall liegt zwar keine eigentliche Menschenhilfe, wohl aber ein Gemeinschaftshandeln vor, wovon oben (S. 412f.) gesprochen wurde.

2. Das Eingreifen kann ein Eingreifen in unredlicher Absicht sein, indem man den fremden Rechtskreis kennt und ihn vorsätzlich in ausbeutender Weise behandelt. In diesem Falle gilt folgende Betrachtung: der Inhaber des Rechtskreises kann den Täter beim Wort fassen und ihn so behandeln, als ob er für ihn tätig gewesen wäre, denn es ist gewiß noch recht gnädig, wenn man jemanden, der in unredlicher Weise wirkt, so behandelt, als ob er in redlicher Absicht gehandelt hätte; dies führt zu der besonderen Art des Schadenersatzes aus unerlaubter Handlung, von der oben S. 131 die Rede war. Für die Auf-

wendung des Ausbeuters aber haftet hier der Vermögensinhaber nur bis zur Bereicherung, §§ 687, 684.

Ein Fall des unredlichen Eingreifens liegt namentlich vor, wenn jemand eine Veranstaltung, die nur entgeltlich zu benutzen ist, unentgeltlich benutzt, indem er um die Zahlung herumkommen will. Hier hat der Anstaltseigner die Befugnis, zu erklären, daß er ihn in gleicher Weise in Anspruch nimmt, wie wenn er die Veranstaltung im Interesse des Anstaltseigners, d. h. gegen entsprechende Vergütung, benutzt hätte, und zwar, wenn mehrfache Vergütung vorkommt, gegen die höchste; vgl. § 544 H.G.B., § 87 SeemannsO. v. 2. Juni 1902.[1]) Wie dies zu konstruieren ist, wird S. 451 erörtert werden.

3. Dagegen wird die Menschenhilfe nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich jemand zu gleicher Zeit einem Dritten gegenüber zur Menschenhilfe verpflichtet. In einem solchen Falle können zwei Schuldverhältnisse zusammentreffen; nur muß eben die übernommene Verpflichtung eine Verpflichtung zur Menschenhilfe sein. Wenn z. B. der von einer Menschenhilfegesellschaft oder von einer Gemeinde angestellte Arzt, seiner Anstellung gemäß, arme Leute behandelt, so tut er es nicht auf Grund eines Versprechens der Menschenhilfe, sondern auf Grund eines Versprechens, Personen zu behandeln, deren völlig ausreichende Behandlung die Gesellschaft oder Gemeinde bereits übernommen hat, bezüglich deren also eine die Menschenhilfe rechtfertigende Notlage nicht vorliegt; und ebenso, wenn beispielsweise eine Lehranstalt, die von den Zöglingen mit einer Jahressumme für ihre Leistungen bezahlt wird, Lehrer anstellt, die im einen oder anderen Fache Unterricht erteilen. Ganz anders, wenn ein Wirt oder ein menschenfreundlicher Dritter für einen bewußtlosen Gast einen Arzt kommen läßt: der Arzt handelt in solchem Falle allerdings zunächst im Auftrag und kann sich an den Besteller wenden, aber er handelt im Auftrag, sich eines notleidenden Menschen anzunehmen und handelt im Interesse dieses. Möglicherweise kann auch die Menschenhilfe an sich eine Menschenhilfe zu Gunsten zweier Personen sein, z. B. zu Gunsten des Vor-

---

[1]) Namentlich im Seerecht ein uralter Satz; vgl. Consulado del mare A. 42 und 68.

munds und des Bevormundeten, des Versicherers und des Versicherten.[1])

Sie wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Helfer mittelbar einen Vorteil für sich erhofft; es genügt rechtliches Fremdbestreben, das Fremdbestreben braucht keine sittliche Aufopferung zu sein.

4. Die Menschenhilfe wird auch dadurch nicht angetastet, daß der Helfer sich in der Person des Vermögensträgers irrt, indem er z. B. vermeintlich den Hund des Freundes bei sich aufnimmt, während es der Hund seines grimmigen Feindes ist; jedenfalls hat er sich in fremdem Interesse, daher als Menschenhelfer, einer notleidenden fremden Sache angenommen, § 686.[2]) Möglich ist ja auch der Fall, daß die Person, zu deren Gunsten gehandelt wird, noch objektiv unsicher oder eine erst in der Bildung begriffene Person (z. B. eine werdende juristische Persönlichkeit) ist.

VI. Die aus Fremdbestreben hervorgehende Menschenhilfe kann entweder eine gerechtfertigte oder eine ungerechtfertigte sein. Sie ist gerechtfertigt, wenn sie

1. durch ein Notleiden in den Verhältnissen des Vermögensinhabers veranlaßt ist, und zwar muß es ein wirkliches Notleiden sein, nicht etwa bloß ein vermeintliches; so würde es nicht genügen, wenn etwa jemand einen auf seines Freundes Namen gefälschten Wechsel einlöste oder eine Summe einschickte in der Meinung, daß sein Freund gefangen sei und er ihn aus der Knechtschaft befreien müsse. Und ebenso ist die Notlage nur eine vermeintliche, wenn jemand sich Mühe gibt, eine Sache zu retten, die der Eigentümer preisgegeben oder deren Preisgabe er bereits in entscheidender Weise bestimmt hat, überhaupt wenn dieser sich das Eingreifen verbat.[3])

2. Sie muß sich aber auch in der Art der Betätigung möglichst der subjektiven Wirtschaft des Vermögensinhabers anschließen; doch ist dabei wohl zu berücksichtigen, daß die Mittel, deren sich der Helfer bedient, seine eigenen Mittel sind und ein Anschluß an die subjektive Wirtschaftslage

---

[1]) Menschenhilfe im Privatrecht, Jahrb. f. Dogm. XXV S. 78.

[2]) Darüber ausführlich Menschenhilfe im Privatrecht, S. 66f.

[3]) Menschenhilfe S. 52f. und die S. 53 erwähnte Entscheidung des R.O.H.G. 18. Oktober 1878.

des Vermögensinhabers nur unter Berücksichtigung der Verschiedenheit der Wirtschaftsformen möglich ist, in denen beide Personen sich bewegen, § 677.[1])

Ein Hauptfall liegt bei der Krankenunterstützung vor, wenn beispielsweise ein Privatarzt Hilfe bietet an Stelle kassenärztlicher Behandlung.[2])

3. Diese subjektive Rücksicht auf den Willen des Vermögensinhabers bricht zusammen, wenn ein öffentliches Interesse für die Erhaltung des Rechtsgutes spricht, das sein Träger preisgeben will; so wenn Leib, Leben, Gesundheit oder das Wohl des Ganzen in Betracht kommt; so bei der Hilfe gegenüber dem Selbstmörder, bei Erfüllung einer Unterhaltspflicht, so aber auch, wenn etwa eine Straßenarbeit gemacht wird, die dem Hauseigentümer obliegt,[3]) oder wenn jemand eine Tierquälerei verhütet,[4]) nicht aber wenn er die Privatverpflichtung eines Andern berichtigt, § 679.

II. Rechtsfolgen.

§ 165.

I. Das Eintreten im fremden Interesse ist eine latente Rechtshandlung mit Rechten und Pflichten. Daraus geht hervor:

1. ist der Helfer geschäftsunfähig oder geschäftsbeschränkt, so haftet er nur für Bereicherung (abgesehen von einer etwa damit verbundenen unerlaubten Handlung), § 682, vgl. oben I S. 581f.;

2. ist er geschäftsbeschränkt, so kommen ihm die etwaigen rechtlichen Vorteile völlig zu, denn insofern gilt § 107;

3. ist er geschäftsunfähig, so kommen ihm die Vorteile an sich nicht zu, abgesehen von einem Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung; doch kann sein gesetzlicher

---

[1]) Vgl. meine Menschenhilfe S. 47f., 53f., 62f. Vgl. auch die Darstellung bei Brückmann, Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag.

[2]) Vgl. § 6a Z. 6 und § 26a Z. 2b KrankenVer.Ges.: „Von dringenden Fällen abgesehen", ferner § 57a ebenda (mit Zusatz 26. Mai 1903), und hierzu namentl. Preuß. Oberverwaltungs-Gericht 7. November 1901 Entsch. d. OberverwaltungsG. 40 S. 349, Kammergericht 5. Februar 1902, Mugdan V S. 310.

[3]) O.L.G. Kolmar 10. Januar 1902 Jur.Z. VIII S. 576.

[4]) Tiere im Recht, Gerichtssaal 47 S. 57.

Vertreter das im Sinn der Menschenhilfe vollbrachte Tun des Geschäftsunfähigen durch nachträgliche Erklärung zur Menschenhilfehandlung gestalten und den Menschenhilfeanspruch für ihn erwerben.[1])

II. 1. Zur Menschenhilfe ist man nicht verpflichtet, aber wenn man sie leistet, ist man verpflichtet, sie mit Sorgfalt zu leisten. Jedoch muß die Rechtsordnung mit den Verhältnissen des Lebens rechnen. Wenn nur durch rasches Eingreifen ein erheblicher Nachteil vermieden werden kann, dann ist billig zu sagen, daß man dem Helfer ein ruhiges, überlegenes Abwägen nicht zumuten darf; und da er zudem nicht zum eigenen Vorteil eingreift, sondern sich für fremdes Interesse opfert, so ist es umsomehr geboten, ihn, ähnlich dem Schenker, glimpflich zu behandeln: er haftet darum nur für grobe Fahrlässigkeit, § 680.

2. Die Menschenhilfe kann Geschäftsbesorgung sein, sie braucht es nicht zu sein: sie kann in Dienstleistungen oder Werkleistungen aller Art bestehen. Soweit sie Geschäftsbesorgung ist, kann die Geschäftsbesorgung auch ein Geschäft mit sich selbst sein: in diesem Fall handelt der Geschäftsbesorger nicht in fremdem Namen, sondern in eigenem, sofern er in seinem Vermögen zwei Kreise zieht, wobei der eine Kreis das fremde Interesse enthält (oben I S. 265f.); so wenn er sich des leeren Wagens des Geschäftsherrn in der Art bedient, daß er einen Mietvertrag mit sich selbst im Interesse des Geschäftsherrn abschließt, dem er natürlich die Forderungen aus dem Mietvertrag zukommen lassen muß.

3. Besteht die Menschenhilfe in Geschäftsbesorgung, so ist der Geschäftsbesorger zu dem verpflichtet, was die Geschäftsbesorgung herbeiführt, insbesondere zur Anzeige und zur Herausgabe des Erlöses, § 681. Eine Mitteilungspflicht hat übrigens der Helfer auch im Falle der Nichtgeschäftsbesorgung; denn es entspricht vollkommen der Sachlage, daß, wenn Jemand in Unwissenheit des anderen in seinen Rechtskreis eingreift, dem Vermögensinhaber möglichst bald Kenntnis gegeben wird, damit er bestimmen kann, ob die Fortsetzung

[1]) Man denke sich den Fall, daß ein gutartiger, wegen Geisteskrankheit entmündigter Tölpel stundenlang tätig ist, um das Ausbrechen des Feuers zu verhüten, und sich dabei seine Kleider versengt.

in ähnlicher Weise erfolgen soll oder nicht. Jedermann, in dessen Rechtskreis ein Dritter tätig wird, muß möglichst bald von den Veränderungen in seinem Rechtskreise wissen. Vgl. §§ 684, 666.

III. Die gerechtfertigte Menschenhilfe gibt das Recht des Aufwendungsersatzes ohne Rücksicht darauf, ob schließlich das erzielte Ergebnis dem Geschäftsherrn zum Vorteil gereicht, § 683; des Aufwendungsersatzes nach Art des Auftrags, also soweit die Aufwendung erforderlich war oder der Geschäftsführer sie ohne Verschulden für erforderlich halten konnte. Zur Aufwendung gehört auch der Ersatz für die Eigentätigkeit, sofern diese eine geschäftliche ist, sodaß sie gegen Entgelt geleistet zu werden pflegt, vgl. § 1835 B.G.B.

Als Aufwendung gilt auch das Opfer von Vermögen oder Gesundheit, wobei natürlich stets die Frage aufzuwerfen ist, ob die Menschenhilfe nach dieser Richtung hin eine gerechtfertigte war. Für die Aufwendung gilt § 256.

IV. Die gerechtfertigte Menschenhilfe gibt das Recht des Aufwendungsersatzes, nicht des Aufwendungsvorschusses; es müßte denn die Aufwendung in einer vom Helfer übernommenen Verpflichtung bestehen, in welchem Fall er Befreiung von der Verpflichtung oder Sicherstellung begehren kann, sobald seine Inanspruchnahme zu erwarten steht, § 775 (oben S. 423).

V. Im Fall der unberechtigten Menschenhilfe ist

1. der Helfer verpflichtet, aber nicht berechtigt, § 684 (außer sofern eine ungerechtfertigte Bereicherung des Vermögensinhabers vorliegt, — dann aber ergibt sich die Berechtigung aus anderen Gründen);

2. der Helfer kann aber auch wegen unerlaubter Handlung zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn er in Bezug auf das Unberechtigtsein der Menschenhilfe in Vorsatz oder Fahrlässigkeit war, § 678. Vgl. S. 522.

VI. Der Vermögensinhaber kann eine ungerechtfertigte Menschenhilfe genehmigen; dann treten die Rechtsfolgen der berechtigten Menschenhilfe ein, §§ 683, 684.

IV. Abschnitt.

Ausgleichungsordnung.

I. Ausgleichsordnung des Rechtsverkehrs.

1. Allgemeines.

§ 166.

I. Nicht selten liegt ein Widerspruch vor zwischen der Einzel- und der Gesamtentwicklung der Vermögensverhältnisse; naturgemäß, denn die Rechtsordnung kann die Entwicklung der einzelnen Rechte nicht von der Gesamtentwicklung abhängig machen, sondern muß einem jeden einzelnen Rechte in seinem Entstehen, Werden und Vergehen eine gewisse Selbständigkeit lassen. Daher kommt es vor, daß die Einzelentwicklung Ergebnisse zeitigt, die mit der Gesamtentwicklung in Widerspruch stehen, und dies führt zur Ausgleichung. Solcher Widersprüche und solcher Ausgleichungen gibt es zahlreiche in Verbindung mit den einzelnen Rechtseinrichtungen und im Zusammenhang mit ihren besonderen Verhältnissen; diese sind bei den verschiedenen Einrichtungen zur Darstellung zu bringen und zur Darstellung gebracht worden. Hier aber sind diejenigen Ausgleichungen zu erörtern, die sich über das ganze Rechtssystem verbreiten und darum eine, von der Darstellung der einzelnen Einrichtungen getrennte, Betrachtung erheischen. Vgl. S. 135f.

II. Die Ausgleichung geschieht aber nicht von selbst, also etwa durch Rückfall des Eigentums kraft auflösender Bedingung; sie geschieht auch nicht dadurch, daß jemand die Befugnis erlangte, die Neuherstellung der Verhältnisse gewaltsam zu bewirken; sondern sie geschieht vollständig auf dem Wege des Schuldrechts durch Entstehung eines Schuldverhältnisses, aus dem die entsprechenden Verpflichtungen und

Forderungen hervorgehen: das Schuldrecht kann am besten diesen Zwecken entsprechen, denn die Ausgleichung soll sich zwischen den Beteiligten im Frieden vollziehen und sich nicht zu ständigen Stößen und Uneinigkeiten gestalten, § 812.

III. Es ist daher unrichtig, zu sagen, daß das Ausgleichungsrecht aus dem Zusammenstoß zwischen dem strengen und billigen Recht entstehe: es entsteht vielmehr regelmäßig innerhalb ein- und derselben Billigkeitsordnung mit Rücksicht auf die Einzel- und die Zusammenhangsentwicklung. Unrichtig ist es noch mehr, die Ausgleichungsverhältnisse auf Rechtserfordernisse zurückzuführen, die außerhalb des Rechts stünden: vielmehr geschieht die Ausgleichung vollkommen in dem selbeigenen Gebiete des echten bürgerlichen Gesetzesrechts. Es gibt allerdings Ausnahmsfälle, wo sie aus einer doppelten Rechtsordnung stammt; aber dies sind besondere Ausnahmen, welche darauf beruhen, daß das Regelrecht infolge der doppelten Ordnung eine Störung erfährt, die auszugleichen ist.

IV. Ein solcher Widerspruch zwischen Gesamtrechtsordnung und Einzelordnung kann gegeben sein:

1. unmittelbar durch die Entwicklung des Einzelgegenstandsrechts, namentlich des dinglichen Sachenrechts. Die Natur und Zweckbestimmung der Sache verlangt bestimmte Aneignungen, indem vielfach zwei Sachen oder Sache und Arbeit zu einer Sache zusammenschmelzen, so daß sich ein doppeltes Eigentum nicht mehr halten kann. Diese Entwicklung aber wird möglicherweise in Widerspruch stehen mit der Gesamtentwicklung des Vermögens; denn auf solche Weise kann jemand Eigentümer werden, ohne daß für ihn ein Grund besteht, etwas aus dem Vermögen des anderen zu erwerben, § 951. Solches gilt auch dann, wenn jemand durch Vermischung Eigentümer fremder Gelder wird, so insbesondere der Pfandgläubiger oder pfändende Gläubiger, für den ein fremder Gegenstand versteigert wird, der auf solche Weise fremde Versteigerungsgelder in die Hand bekommt und sie durch Vermischung zu Eigentum erwirbt, Gelder, die von vornherein, kraft § 1247, dem Eigentümer der versteigerten Sache gehörten.[1])

---

[1]) Vgl. R.G. 15. Dezember 1897 Entsch. 40 S. 288, O.L.G. Bamberg, 28. März 1901, Mugdan II S. 851, O.L.G. Dresden 11. Dezember 1903, Mugdan IX S. 15. Daß der Erlös zunächst nicht an den Versteigerer,

Hierher ist auch der Fall der Enteignung (im weitesten Sinne) zu zählen; denn diese beruht auf dem Gedanken, daß das Einzelrecht weichen soll, obgleich nach den Grundsätzen des Gesamtvermögensrechts ein solches Opfer nicht gerechtfertigt wäre. Das Enteignungsrecht ist hier nicht darzustellen; dem B.G.B. aber gehören zwei Ausläufer des Gedankens an, § 904 und §§ 867 (1005). Über § 904 s. I S. 226, über § 867 ist im Sachenrecht zu handeln. Ein Widerspruch besteht aber auch

2. mittelbar kraft der Unabhängkeit des Schuldrechts; so wenn bei Veräußerung einer fremden Sache der Erwerber kraft seines guten Glaubens Eigentümer wird und wenn, obgleich dieser Erwerb aus fremdem Vermögen stammt, nicht der Eigentümer der fremden Sache, sondern der Veräußerer den Gegenwert erwirbt, § 816.[1])

3. Ein solcher Widerspruch entsteht auch im Fall einer doppelten Rechtsordnung, wenn das der Verkehrssicherheit dienende Aushülfsrecht zu Gunsten des Regelrechts berichtigt werden soll (wie im Fall des Erbscheins, im Fall des § 1435 u. a.), § 816 Abs. 2.

4. Ein solcher Widerspruch wird möglicherweise künstlich geschaffen auf dem Wege der Voraussetzung. Davon ist bereits I S. 570f. gehandelt worden. Das Wesen der Voraussetzung besteht eben darin, daß nicht, wie bei der Bedingung, die Einzelrechtsordnung durch die Nebenbestimmung beeinflußt wird, sondern nur das Gesamtergebnis, indem das Einzelergebnis sich ohne Rücksicht auf die Voraussetzung gestaltet; daraus folgt, daß das Gesamtergebnis nicht mit der Einzelrechtsentwicklung übereinstimmt, und daß hierwegen ein Ausgleich erforderlich ist. Ein Hauptfall ist der, daß etwas zur Erfüllung gegeben wird: die Erfüllung trägt die Voraussetzung in sich, daß eine Schuld besteht; die Rechtshandlungen aber, die solche Erfüllung bewirken, (z. B. die Sachübergabe) sind in

---

sondern kraft des in § 1247 ausgesprochenen Ersatz- (Surrogations-)prinzips an den Eigentümer der versteigerten Sache fällt, darüber vgl. auch Martin Wolff in der Festgabe für Hübler S. 14 (Sep. Abdr.).

[1]) Insofern steht § 816 im Gegensatz zu § 1247; das Ersatzprinzip des § 1247 gilt nicht im Privatverkehr: es wäre im Privatverkehr unerträglich.

ihrer Einzelrechtswirkung nicht von dem Bestehen der Schuld abhängig. Voraussetzung ist hier, daß die Schuld besteht und noch besteht; sie fehlt also, wenn eine Einwendung begründet ist, welche das Bestehen der Schuld verneint. Voraussetzung ist aber auch, daß eine deckungsfähige Schuld besteht, also eine Schuld, deren Befriedigung der Schuldner nicht zu verweigern vermag, weshalb die Befriedigung einer mit ständigen Einreden belasteten Schuld zur Rückforderung Anlaß gibt (§ 813), sofern nicht ein Grundsatz dazwischen tritt, der S. 461 zu erörtern ist. Andere Fälle liegen dann vor, wenn etwas unter der Voraussetzung einer künftigen Gestaltung der Dinge gegeben wird und diese nicht eintritt; so bei Geschenken für eine künftige Ehe, für einen künftigen Amtsantritt, für eine künftige Reise, bei einer Tratte für eine künftige Schuld, § 812[1]): denn wenn diese Voraussetzungen aus irgend welchen Gründen nicht zutreffen, so ist das Gesamtergebnis mangelhaft. Das Gleiche gilt auch dann, wenn ein Rechtsverhältnis nachträglich eine Entwicklung erfährt, kraft deren das Erlangte zu Unrecht in den Händen des Empfängers bliebe, so bei Widerruf und Kündigung; natürlich kann in solchem Fall auch eine schwerere Haftung begründet sein, vgl. §§ 323, 327, 516, 527f., 531, 543, 628 u. a.[2])

Die Leistung einer Nichtschuld liegt auch dann vor, wenn der Schuldner in der Meinung, etwas anderes zu schulden, etwas anderes leistet, als was er schuldig ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn er, nicht wissend, daß die Schuld eine Wahlschuld ist, beides leistet, oder wenn er das eine leistet, indem er das andere Wahlglied nicht kennt; denn eine Leistung ohne Wahl ist etwas wesentlich anderes, als eine Leistung unter Ausübung des Wahlrechts. Sie liegt auch dann vor, wenn der Schuldner irrtümlich einem anderen leistet, sofern nicht die Genehmigung des Berechtigten nachfolgt, § 182.

Erfüllung einer Nichtschuld ist Erfüllung einer Nichtschuld des Erfüllenden; ein solche ist auch dann gegeben, wenn die Schuld wirklich geschuldet wurde, aber von einem Dritten[3]).

---

[1]) R.G. 16. Januar 1904 Entsch. 56 S. 317.

[2]) So auch prozessualisch § 541 Z.P.O.

[3]) Vgl. den Fall O.L.G. Stettin 30. Juni 1903, Mugdan VIII S. 77, wenn ein Handwerker in der irrigen Meinung, vom Eigentümer bestellt

Doch kann der Erfüllende nachträglich erklären, daß das zur Erfüllung Geleistete zum Vorteil des wirklichen Schuldners geleistet sein solle: eine solche Erklärung kann Menschenhilfe zu Gunsten des wirklichen Schuldners sein und diesen verpflichten.

Dagegen liegt natürlich ein Mangel der Voraussetzung nicht vor, wenn jemand eine Nichtschuld in Kenntnis der Nichtschuld erfüllt, § 814; jedoch findet in solchem Fall die Erfüllung oft mit Rücksicht auf eine künftig entstehende Schuld statt, so daß die Voraussetzung nicht in der Vergangenheit, sondern in der Zukunft liegt; so insbesondere dann, wenn jemand einen liegenschaftlichen Vertrag durch Zahlung des Kaufpreises erfüllt, ohne daß die notarielle Form vorliegt: hier erfüllt er mit Rücksicht darauf, daß die Form nachgeholt, oder daß der nichtige Vertrag durch liegenschaftliche Erfüllung geheilt werde.[1])

Ein Mangel der Voraussetzung liegt auch dann nicht vor, wenn jemand eine betagte Schuld verfrüht bezahlt: die Voraussetzung, daß eine Schuld schon jetzt fällig sei, während sie erst später verfällt, ist in der Leistung nicht ausgedrückt, da man betagte Schulden häufig vorausbezahlt, § 813. Anders aber, was künftig entstehende Schulden, z. B. künftige Schuldzinsen, Mietzinsen u. dgl. betrifft; es müßte sich denn um Vorauszahlungen handeln, die sich innerhalb der Gewohnheit des Lebens bewegen.

V. Ein solcher Widerspruch zwischen Gesamt- und Einzelrechtsordnung liegt dagegen nicht vor,

1. wenn das Recht im Zusammenhang nichts anderes begehrt als in der Einzeldurchführung, also insbesondere dann nicht, wenn etwas schenkweise oder auf Grund einer sonstigen

---

zu sein, im Hause eine Ausbesserung vornimmt und vom Hausherrn den Ersatz verlangt, während dieser die Besorgung der Reparatur vom Mieter verlangen kann. Der Handwerker hat eine Verbindlichkeit des Mieters erfüllt.

[1]) Vgl. R.G. 30. Oktober 1902. J.Z. VIII S. 31, O.L.G. Jena, 6. Dezember 1902, Mugdan VI, S. 228, Kiel 9. Juni 1901, Mugdan III, S. 209, Kammergericht 6. Februar 1902, Mugdan IV, S. 237, Braunschweig 16. Mai 1902, Mugdan V S. 283.

Freigebigkeit zugewendet wird; denn freigebige Zuwendung ist ebenso durch die Rechtsordnung vorgesehen, wie die Zuwendung auf entgeltlichem Wege: sie entspricht der Rechtsordnung und ist der Rechtsordnung gemäß. Dies gilt auch von den Freigebigkeiten, die wegen ihrer bloß mittelbaren Art nicht den Charakter der Schenkung haben, aber doch von der Rechtsordnung als ein dienendes Glied ihrer Zwecke anerkannt werden (S. 230f.); so wenn jemand wissentlich eine Nichtschuld bezahlt — dies ist oft ein Ausgleich im Interesse des Friedens — oder etwas für Zwecke gibt, die er als unmöglich erkennt, §§ 814, 815; oder wenn jemand in einem Falle leistet, wo durch die Leistung das nichtige oder unwirksame Schuldverhältnis geheilt wird, §§ 313, 343, 655, 518, 766.

2. Ein solcher Widerspruch tritt auch nicht ein durch die Wirkung der Verjährungs- oder Ersitzungseinrichtung, auch nicht dadurch, daß etwa der Schuldner nach § 382 B.G.B. befreit wird, so daß er die hinterlegte Sache zurücknehmen darf: denn hier will die Rechtsordnung nicht nur, daß das einzelne Eigentum entsteht oder daß der einzelne Anspruch durch Einrede deckungsunfähig gemacht wird, sondern sie will auch, daß die Gesamtlage des Vermögens sich demgemäß gestaltet: Verjährung und Ersitzung liegen nicht in Gründen der Entwicklung der einzelnen Rechte, sondern in der Gesamtbestimmung der Rechte; die Rechtsordnung will mit Ablauf einer bestimmten Zeit eine gewisse Beruhigung aller Verhältnisse eintreten lassen (I S. 231f.). Und das Gleiche gilt von der Einrichtung der Brieftötung, von der Einrichtung des Funderwerbs, des Überfalls (§ 911), vom Untergang des Gläubigerrechts bei Zerstörung gewisser Inhaberschuldbriefe wie Banknoten, vom Verfall kraft § 219 H.G.B. usw. Hier will eben die Rechtsordnung mit Rücksicht auf sonstige ungeeignete Verwicklungen und Verwirrungen den Vermögenszustand in seiner Gesamtheit regeln.

3. Nicht hierher gehört auch der Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers, soweit er unter entgeltlichem Titel besitzt; denn nicht sachenrechtliche Gründe sind es, kraft deren die Fruchtnutzungen dem Besitzer zukommen, sondern Erwägungen aus dem Rechtszusammenhang: es soll hierdurch

gerade eine durch die Strenge des dinglichen Rechts entstehende Härte ausgeglichen werden; der entgeltliche Erwerber soll dafür, daß er allenfalls die Sache ohne Entgelt herausgeben muß, eine gewisse Vergütung erlangen. Besitzt er unter unentgeltlichem Titel, so ist er ausgleichspflichtig, § 988.[1])

4. Nicht hierher gehört der Erwerb auf Grund des guten Glaubens, denn dieser Erwerb soll den Verkehr nicht nur gegen ungehörige sachenrechtliche Folgen, sondern gegen ungehörige Vermögensfolgen überhaupt schützen, weil der Erwerber, der sein Geld für die Sache gibt, nicht eine vermögensrechtliche Null bekommen soll. Eine Ausnahme macht auch hier der unentgeltliche Erwerb, § 816.

5. Nicht hierher gehört der Erwerb auf dem Gebiete des Bienenrechts; denn wenn die in eine besetzte Bienenwohnung eingezogenen Bienen nunmehr dem Eigentümer des Bienenstockes gehören und der frühere Eigentümer sein Recht verliert § 964, so beruht dies auf der Eigenschaft der Biene als „wilder Wurm“; es beruht auf dem gleichen Gedanken wie der Satz, daß ein wildes Tier, sobald es die Freiheit erlangt hat, herrenlos wird, § 960. Die Eigenschaft der Tiere als solcher Wesen, die nicht vollkommen dem Menschen unterworfen sind, bewirkt nicht nur vom Standpunkt der Einzelsache, sondern auch vom Standpunkt der Gesamtheit, daß die Berechtigung daran einen gewissen fließenden Charakter hat, ähnlich wie das Recht an der Wasserwelle, die dem Eigentümer des Flußbettes auch nur einen Augenblick gehört.

6. Ebenso findet ein Widerspruch nicht statt auf dem Gebiete der Immaterialrechte, sofern jemand gutgläubig ein solches Recht benutzt hat: im Fall der absichtlichen und mehr oder minder auch der fahrlässigen Verletzung entstehen Ersatzansprüche; allein es entstehen keine Ausgleichungsansprüche im Fall der unbefangenen gutgläubigen Benutzung fremden Immaterialrechtes. Der Grund ist der: diese Gegenstände sind nicht auf gleiche Weise scharf abgegrenzt wie (körperliche) Sachen, und daher ist es begreiflich, daß in der einen und anderen Weise eine Grenzwirkung stattfindet und der gutgläubige Verkehr bald da, bald dort aus der

---

[1]) Jurist. Literaturbl. XI S. 36.

Quelle fremder Gedanken zehrt. Wollte man hier eine Ausgleichung eintreten lassen, so würde es der Natur dieser Güter, die doch der Allgemeinheit zustreben, widersprechen und die Lebensverhältnisse unnötig verbittern. Wo daher unsere Immaterialgesetze keine Ausgleichungsansprüche anerkennen, da ist von selber bestimmt, daß sie nicht bestehen, und man darf sich in dieser Beziehung nicht auf allgemeine Sätze zurückbeziehen; indem die schuldhafte Verletzung ausdrücklich geregelt wurde, ist klar ausgesprochen, daß dieses ganze Gebiet der Sondergesetzgebung unterstellt ist. Eine entgegengesetzte Behandlung bleibt hinter der Eigenart dieser Lebensgüter zurück.

VI. In gewissen Fällen ist das Ausgleichsrecht durch höhere Rücksichten ausgeschlossen,

1. wenn das Ausgleichsverhältnis aus einer Beziehung hervorgeht, die außerhalb des Rechts steht und deswegen von der Rechtsordnung nicht beachtet werden soll: die Rechtsordnung will hier nicht zur Ausgleichung verhelfen, weil sie überhaupt der ganzen Beziehung fern bleiben will; so bei Spielgeschäften: obgleich der Spielvertrag nichtig ist, wird eine Zurückforderung doch nicht gewährt, §§ 762, 764 B.G.B.;[1]) so bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, sofern ihre fehlerhafte Beschaffenheit nicht nur in der Person des Empfängers, sondern auch in der Person des Gebers liegt; aber auch dann, wenn der Verstoß bloß den Geber, nicht auch den Empfänger trifft, was dann stattfindet, wenn das Geschäft ein wucherisches ist: was der Wucherer gegeben hat, kann er nicht zurückfordern, § 817.[2])

Das Gesagte gilt, wenn die Ausgleichung auf Grund dieser rechtswiderstrebenden Beziehungen verlangt wird, es gilt nicht, wenn noch andere Gründe vorhanden sind, welche das Ausgleichungbegehren stützen; so wenn die Leistung

---

[1]) Dasselbe muß um so mehr gelten bei den nach § 50 Börsenges. verbotenen Geschäften, es müßte denn von seiten des Leistenden Unkenntnis der Bundesratsbestimmung vorliegen, in welchem Falle das Unrecht nur auf seiten des andern Teiles wäre, vgl. R.G. 14. Oktober 1903, J.W. XXXIII S. 38. Eine Beschränkung enthält § 66 Börsenges. („nach völliger Abwicklung") vgl. R.G. 30. Mai 1904 J.W. XXXIII S. 407.

[2]) Enzyklopädie I, S. 645.

durch einen Geschäftsunfähigen erfolgte und die gegebene Sache, die zunächst nicht in das Eigentum des Empfängers fiel, hinterher eine Bereicherung brachte: eine Ausgleichung dieser Bereicherung ist begründet; anders, wenn eine Vorauszahlung für eine Unsittlichkeit erfolgte, die nachher nicht zu stande kommt: hier bleibt die Rückforderung ausgeschlossen; ihr kann nicht dadurch Zutritt verschafft werden, daß man erklärt, sie werden nicht wegen Unsittlichkeit und Nichtigkeit des Geschäfts, sondern wegen Nichterfüllung des in der Zukunft Vorausgesetzten begehrt: die Rechtsordnung kann die Unsittlichkeit überhaupt nicht als Gegenwert betrachten und daher das künftige Ausbleiben der Unsittlichkeit nicht dahin deuten, daß das Geleistete hierwegen des Gegenwerts entbehre.[1])

2. Ein Ausgleichsverhältnis entsteht nicht, wenn etwas geleistet ist, was zwar durch die Rechtsordnung nicht gefordert wird, aber doch Brauch und Sitte gemäß ist. Brauch und Sitte sind zwar nicht Quellen von Rechtsansprüchen, aber sie widerstreben kraft der Stellung, die ihnen die Rechtsordnung gibt, der Änderung des gegebenen Zustandes; denn eine Änderung des Zustandes und darum auch eine Ausgleichung soll nicht in Widerspruch treten mit den gerechten Erwartungen des Lebens. Daher gilt kein Ausgleichungsrecht,

a) wenn der Schuldner einer deckungsunfähigen Schuld etwas leistet, dessen Rückforderung dem Anstand widerspricht,[2]) was insbesondere auch dann gilt, wenn eine Gewissenseinrede bestand, §§ 222, 813 (I S. 242);

b) wenn jemand etwas leistet, in der Meinung, schuldig zu sein, und wenn zwar keine Rechtspflicht, wohl aber eine Anstandspflicht besteht, § 814.

VII. Dagegen wird eine Ausgleichsforderung nicht dadurch aufgehoben, daß noch die Möglichkeit anderwärtiger Ausgleichung besteht: mehrere Ausgleichungsforderungen können neben einander vorliegen.[3])

---

[1]) Hamburg 10. Dezember 1900, Mugdan II S. 219.

[2]) Z. B. den im Zwangsvergleich erlassenen Forderungsanteil, O.L.G. Kolmar 28. April 1903, Mugdan VIII S. 89.

[3]) Vgl. R.G. 25. April 1901 Entsch. 48 S. 139.

2. Elemente.

a) Ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 167.

I. Die ungerechtfertigte Bereicherung kann in Vermögenserwerb aller Art bestehen, nicht nur in einem gegenständlichen Erwerb und im Gebrauch von Gegenständen, sondern auch in Diensten und ebenso in Zustandsleistungen, welche das Vermögen vermehren, auch in der Schaffung einer Verbindlichkeit;[1]) sie kann aber auch in Wertzuwendungen bestehen, und dazu gehört auch die Ersparung von Opfern, die Befreiung von Verpflichtungen.[2])

II. Es ist daher immer zunächst zu prüfen, worin die ungerechtfertigte Bereicherung besteht. Hat z. B. jemand für die Veräußerung fremder Sachen, welche in das Eigentum des gutgläubigen Erwerbers kommen und dadurch ihrem bisherigen Eigentümer entzogen werden, einen Gegenpreis erlangt, so besteht die ungerechtfertigte Bereicherung in diesem Gegenpreis, nicht in dem Wert der solchermaßen entzogenen Sachen; sie besteht darin, mag nun der Gegenpreis unter oder über dem Werte der veräußerten Sache stehen. Dies ist im allgemeinen gerecht, sofern man den Gegenpreis völlig auf Rechnung des veräußerten fremden Gutes setzen kann, nicht gerecht ist es allerdings dann, wenn der Veräußerer durch eine besonders geschickte und glückliche Berechnung einen außergewöhnlichen Gegenpreis erzielt hat, sodaß der Spekulationsgedanke des Veräußerers an dem Erwerb beteiligt ist; das B.G.B. hat leider hierauf, wie auf so manches andere, keine Rücksicht genommen, § 816. Vgl. oben S. 131f.

III. Die ungerechtfertigte Benachteiligung kann auch in dem Erlöschen eines Schuldrechts beruhen, auch im Erlöschen eines Schuldrechts durch Erfüllungsempfang, wenn die Schuldforderung eine über den Erfüllungsempfang hinausgehende Kraft hatte, die nunmehr ertötet ist; so namentlich, wenn es auf solche Weise dem Forderungsberechtigten unmöglich wird, seine Forderung zur Aufrechnung zu verwenden: denn, wenn diese Aufrechnung für ihn vorteilhaft war, so liegt in der den

[1]) Vgl. auch Kammergericht 7. Januar 1901, Mugdan II S. 78f.
[2]) R.G. 10. November 1902 für Z. VIII S. 55.

Verlust herbeiführenden Leistungsannahme ein Tun, welches eine ungerechtfertigte Bereicherung des Leistenden bewirkt. Dasselbe kann der Fall sein, wenn jemand mit fremdem Gelde bezahlt wird und nicht schon durch den gutgläubigen Empfang, sondern erst durch Vermischung oder Verausgabung Eigentum an dem Gelde erwirbt; so insbesondere, wenn der Gläubiger eine Pfandsache veräußert, die einem Dritten gehört, und wenn infolgedessen der Dritte kraft § 1247 Eigentümer des Geldes wird, der Veräußerer aber den Geldwert durch Vermischung und Verausgabung in sein Vermögen bringt: in diesem Fall ist des Gläubigers Forderung durch Befriedigung erloschen, er aber ist zur Herausgabe des Geldes verpflichtet, weil er zu Ungunsten des Eigentümers der Gelder bereichert ist; darum ist hier der mittelbare Zahlungserwerb, sofern er die Forderung zerstörte, sein Nachteil, und er kann eine Ausgleichung in der Art begehren, daß seine Forderung wiederhergestellt wird.[1]) Vgl. Anhang.

IV. Ist die auszugleichende Leistung die Schöpfung einer Verbindlichkeit, so hat das Ausgleichungsverhältnis besondere Eigentümlichkeiten:

1. das Ausgleichsrecht gibt zur selben Zeit eine Einredebefugnis, die jedem künftigen Erwerber der Versprechensforderung entgegenhalten werden kann und die Verjährung des Ausgleichsanspruchs überdauert, § 821 (oben I S. 197);

2. auch im Falle eines sittlichen Verstoßes von Seiten des Versprechenden ist diese Ausgleichung gegeben; denn sie widerspricht dem Sittlichkeitsstandpunkt nicht: wenn im Fall der Unsittlichkeit im übrigen keine Ausgleichungsforderung auf Rückgabe des Zugewendeten entsteht, so kann sie doch entstehen, um etwas noch Unsittlicheres, nämlich die auf Fortsetzung des Unsittlichen abzielende Verbindlichkeit, zu zerstören, § 817.

b) Ausgleichung.

α) Einfache Ausgleichung.

§ 168.

I. Die Ausgleichung entspricht der bereichernden Leistung; ist diese Leistung eine Gegenstandsleistung, so ist die

[1]) Der Nachteil, daß die Sicherheiten der Forderung unwiderbürglich zerstört sind, läßt sich nicht begütigen; allein diese Gefahr läuft der Gläubiger bei seiner Deckungs- oder Erfüllungstätigkeit auch sonst, so namentlich bei der Annahme an Leistungsstatt.

Ausgleichung eine Gegenstandsausgleichung, keine Wertausgleichung: es wäre eine mangelhafte Gestaltung der Sachlage, wenn der Berechtigte sich mit einem Geldwerte abfinden lassen müßte; denn unsere ganze Vermögensentwicklung geht dahin, daß auf die wirklichen Gegenstände, nicht auf den bloßen Wert Rücksicht genommen wird, und eine Wertausgleichung wäre darum nur eine teilweise Befriedigung und würde nicht den Zustand herbeiführen, der das Zusammenhangsrecht mit dem Einzelrecht versöhnt, § 818. Daß aber, wenn die Bereicherung nur durch Wertzuwendung erfolgte, auch die Ausgleichung in Wert zu geschehen hat, steht damit natürlich im vollen Einklang.

II. Dem Bereicherten muß, sofern er selbst eine Leistung gemacht hat, diese in Rücksicht kommen; insbesondere muß ihm, falls er bei Zahlung der Schuld den Schuldschein zurückgab, eine entsprechende Sicherung gegeben werden.

III. Die Ausgleichspflicht kann schwinden; sie schwindet zugleich mit der Bereicherung: denn sie ist durchaus nicht ein und für allemal festgelegt; das würde ihrem ausgleichenden Wesen widersprechen: sie ist wandelbar wie die Verhältnisse, unter denen der Ausgleich geschaffen werden soll; sie schwindet also, wenn der ungerechtfertigt empfangene Gegenstand untergeht oder dem Vermögen des Bereicherten entgleitet; jedoch mit der Besonderheit, daß eine etwaige unmittelbar aus der Entziehung oder Zerstörung des Gegenstandes hervorgehende Ersatzforderung an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes tritt; sie wandelt sich um, wenn auf dem Wege des Verkehrs dafür ein Gegenwert erworben wird, aber nicht so, daß dieser Gegenwert im Stück an seine Stelle tritt: hier gilt nicht der Grundsatz des mittelbaren Ersatzrechts; wohl aber tritt jetzt an Stelle des erworbenen Gegenstandes sein Wert: auf diese Weise kann sich die Gegenstandsausgleichung in eine Wertausgleichung verwandeln.

IV. Ist die Ausgleichung von Anfang an eine Wertausgleichung oder geht die Gegenstandsausgleichung in Wertausgleichung über, dann kann wiederum dieser Wert bei dem Bereicherten fortbestehen oder selbst wieder untergehen. Der Untergang des Wertes aber ist schwieriger zu beurteilen, als der

Untergang des einzelnen Gegenstandes, weil der Wert im Allgemeinvermögen liegt und es fraglich ist,

1. ob eine unentgeltliche Zuwendung, die der Empfänger des Wertes aus seinem Allgemeinvermögen gemacht hat, gerade jenen Wert betrifft, den er auf solche Weise erlangt hatte;

2. ob, wenn der Bereicherte irgendwie einen Wert verliert, dieser Verlust sich eben auf den aus der Bereicherung hervorgegangenen Wert bezieht. In solchen Fällen wird es sich darum handeln, zu beurteilen, ob gerade die Bereicherung es war, welche den Empfänger veranlaßt hat, eine Schenkung zu machen oder ein entgeltliches Geschäft abzuschließen, bei dem er auf jene Weise in Verlust kam. Hat ein Gewohnheitsspieler Geld verloren, so wird der Spieleinsatz nicht darauf zurückzuführen sein, daß er bei einer bestimmten Gelegenheit eine ungerechtfertigte Bereicherung erworben hat; anders, wenn jemand, der nie spielte, das eine mal an die Spielbank geht, weil er unerhofftes Geld in die Hand bekommen hat.

V. Obgleich die Ausgleichungspflicht schwinden kann, so ist die einmal erwachsene Ausgleichungspflicht doch eine förmliche Verpflichtung, nicht bloß eine Verpflichtungsmöglichkeit. Es ist nicht etwa so, als ob eine Ausgleichspflicht erst mit dem Augenblick entstünde, wo der Zuwendende seinen Ausgleichswillen erklärt. Daraus ergibt sich:

1. wenn der Ausgleichspflichtige diese Pflicht erfüllen will und der andere die Leistung nicht annimmt, so kommt dieser andere in Gläubigerverzug;

2. die Verjährung beginnt sofort;

3. die Verbindlichkeit des Ausgleichspflichtigen kann infolge seines unsittlichen Verhaltens erhöht werden: ein solches unsittliches Verhalten liegt aber schon dann vor, wenn er das Zugewendete behält, obgleich er den Mangel rechtlichen Grundes nachträglich kennen lernt; denn er ist bereits zur Rückleistung verpflichtet, er soll es nicht erst werden, § 819. Vgl. S. 466.

β) Erweiterte Ausgleichung.

§ 169.

Aus dem Ausgleichsverhältnis kann die Verpflichtung hervorgehen, für die Fortdauer der Bereicherung zu sorgen und

dadurch die Ausgleichsforderung auf ihrer Höhe zu erhalten, insbesondere also das Empfangene mit wirtschaftlicher Sorgfalt zu behandeln. Dies ist der Fall

1. bei einer in die Zukunft gesetzten Voraussetzung; denn wenn die Lösung der Ausgleichsfrage aus der Zukunft zu entnehmen ist, so versteht sich von selber, daß der Ausgleichspflichtige das Empfangene so zu behandeln hat, daß er dem zukünftigen Anspruch genügen kann, § 820.

2. Möglicherweise ist diese Verpflichtung aber noch in der Art gesteigert, daß der Ausgleichspflichtige nicht nur das Zugewandte mit Sorgfalt behandeln, sondern für seine wirtschaftliche Weiterentwicklung tätig sein muß, ebenso wie er tätig sein müßte, wenn ihm die Sache zur Verwahrung und Benutzung im Interesse des anderen gegeben wäre, sodaß er insbesondere auch für Zinsen von Geldschulden haftet. Das ist der Fall, wenn den Ausgleichspflichtigen der Vorwurf eines unsittlichen Verhaltens trifft, namentlich sofern er den Mangel des Zusammenhangs, oder wie man gewöhnlich zu sagen pflegt, den Mangel des rechtlichen Grundes kennt und trotzdem das Zugewendete bei sich behält; dies gilt sowohl, wenn er ihn von Anfang an kennt, als auch wenn später; nur daß im letzteren Falle die strenge Folge erst mit diesem späteren Augenblick eintritt, §§ 819, 820.

3. Diese scharfe Erweiterung (zu 2.) tritt auch ein durch Rechtshängigkeit, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Klage oder durch irgend einen anderen Vorgang herbeigeführt wird.[1])

γ) Erstreckte Ausgleichung.

§ 170.

I. Eine Erstreckung des Ausgleichsverhältnisses auf Dritte erfolgt kraft des deutschen Rechtssatzes: „erst die Schulden, dann die Schenkung“: ist der Gegenstand aus dem Vermögen des Ausgleichspflichtigen durch freigebige Zuwendung an einen Dritten ausgeschieden, dann haftet dieser Dritte allenfallsig; er haftet:

1. wenn der Erstempfänger nicht mehr haftet, weil er nicht mehr bereichert und darum nicht mehr ausgleichspflichtig ist § 822; er haftet

---

[1]) Über die Gründe dafür vgl. Z. f. Civ. Pr. XXIX S. 5f.

2. wenn der Erstempfänger zwar (wegen seines bösen Glaubens) noch weiter haftet, aber von ihm tatsächlich nichts zu bekommen ist; denn der Zweitempfänger kann nicht günstiger gestellt sein, wenn er einen unehrlichen, als wenn er einen ehrlichen Schenker hinter sich hat.

II. Natürlich verlangt eine solche Erstreckung, daß die Ausgleichungsforderung zunächst gegen den Erstverpflichteten bestand; hat also jemand etwas gekauft und, während er den Kaufpreis schuldig blieb, die Sache einem Dritten geschenkt, so hat der Verkäufer keine Ausgleichsforderung gegen den Beschenkten, denn er hat gegen den Käufer nur eben die Kaufsforderung.[1])

III. Davon verschieden ist der Fall des § 816: Dies ist ein Fall der unmittelbaren Ausgleichung (S. 459), von welchem seiner großen sachenrechtlichen Bedeutung wegen im folgenden Teile dieses Werkes die Rede sein wird.

b) Verbundene Ausgleichung.

§ 171.

I. Eigenartig entwickeln sich die Ausgleichsverhältnisse, wenn die Leistung eine doppelte wirtschaftliche Aufgabe erfüllt. Eine solche Doppelwirkung liegt vor

1. bei Versprechungen zur Leistung an Dritte, wo die Beziehung zum Dritten in das wirtschaftliche Verhältnis zwischen den Vertragschließenden in der Art eingeschoben ist, daß der Versprechende durch Leistung an den Dritten seine Schuld gegenüber dem Versprechensempfänger erfüllt: die Leistung an den Dritten ist daher die Auslösung der Schuld gegen den Versprechensempfänger; sie ist aber zu gleicher Zeit die Lösung des Verhältnisses, welches zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten besteht, der diesem Dritten schenken oder seine Schuld an ihn berichtigen oder ihm in anderer Weise Zuwendungen machen will.

Eine solche Doppelwirkung liegt vor

---

[1]) Hiergegen hat man oft in unbeschreiblicher Weise gefehlt: auf solche Weise wird das Recht zum gestaltlosen Gallert. Richtig O.L.G. Celle 28. November 1901, Mugdan IV S. 53.

2. bei der Anweisung: hier besteht zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen eine Beziehung, und eine Beziehung besteht zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger: es besteht einerseits das Deckungs-, andererseits das Valutaverhältnis; die eine Leistung vom Angewiesenen an den Anweisungsempfänger löst beide Beziehungen aus: es ist wirtschaftlich auf unmittelbarem Wege geschehen, was geschehen wäre, wenn der Angewiesene an den Anweisenden und dieser an den Anweisungsempfänger geleistet hätte (S. 62 f.).

Sobald nun aber das eine Glied dieser Doppelwirkung notleidet, so daß Ausgleichsforderungen entstehen, muß die Doppelwirkung auseinandergelegt, d. h. die Leistung mit der Doppelwirkung in die zwei Leistungen, welche sie zusammenfaßt, wieder aufgelöst werden, so daß nach Maßgabe dessen die Ausgleichsforderung erwächst;[1] so insbesondere, wenn das Deckungs- oder das Valutaverhältnis bloß in der Einbildung bestehen, oder wenn sie zwar bestehen, aber in einer rechtlich nicht anerkannten Weise: hier findet die Ausgleichung des einen Verhältnisses zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden statt, die Ausgleichung des andern Verhältnisses zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger, und es hat daher der Angewiesene eine Ausgleichforderung gegen den Anweisenden, der Anweisende eine solche gegen den Anweisungsempfänger.

II. Eine unmittelbare Ausgleichsforderung des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger ist nach § 822 dann gegeben, wenn das Verhältnis zum Anweisungsempfänger ein Freigebigkeitsverhältnis ist; hier ist es, wie wenn der Angewiesene an den Anweisenden geleistet und dieser das Geleistete dem Anweisungsempfänger freigebig zugewendet hätte: daher entsteht hier eine Ausgleichsforderung des Angewiesenen, nicht nur gegen den Anweisenden, sondern auch gegen den Anweisungsempfänger, — nicht deshalb, weil dieser der Anweisungsempfänger ist, sondern deshalb, weil er auf dem Wege der Freigebigkeit das zu Unrecht Geleistete erlangt hat: der Angewiesene hätte diese Ausgleichsforderung, wenn er an den

[1]) So auch bei Postanweisungen, vgl. O.L.G. Dresden 17. Oktober 1908, Mugdan 8 S. 87.

Anweisenden geleistet und dieser das Geleistete dem Anweisungsempfänger freigebig zugewendet hätte; er hat sie, auch wenn sich diese beiden wirtschaftlichen Vorgänge in einem Akte, durch Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger, abgespielt haben.

III. Auch noch in einem anderen Fall ist eine Ausgleichsforderung des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger gegeben, wenn sowohl das Deckungs- als auch das Valutaverhältnis nur scheinhaft oder rechtlich fehlerhaft waren, wenn also beispielsweise der Angewiesene (B) aus Irrtum, in der Meinung, dem Anweisenden (A) schuldig zu sein, die Leistung an den Anweisungsempfänger (C) bewirkt und zu gleicher Zeit der Anweisende (A) aus Irrtum, dem Anweisungsempfänger (C) schuldig zu sein, die Leistung des Angewiesenen (B) an den Anweisungsempfänger (C) veranlaßt hat; denn da hier B gegen A, A gegen C je eine Ausgleichsforderung hat, so muß eine solche auch unmittelbar zwischen B und dem C bestehen, und in gleicher Weise ist anzunehmen, daß B kraft dieses doppelten Mangels eine Einrede gegen C geltend machen kann.

So bei der Anweisung; die gleichen Grundsätze müssen von dem Vertrag mit Versprechen zu Gunsten eines Dritten gelten.

IV. Eine doppelte wirtschaftliche Wirkungsweise kann auch unter den gleichen Personen erfolgen; so nach § 607: hier ist die Sache rechtlich so, daß der Schuldner gezahlt und das Gezahlte als Darlehn zurückerhalten hat. Enthält die Zahlung eine ungerechtfertigte Bereicherung, so treten die entsprechenden Grundsätze ein:[1] der Gläubiger hat den Schuldner von der Darlehnspflicht zu befreien und der Schuldner hat eine Einrede.[2]

---

[1] Vgl. O.L.G. Zweibrücken 22. Juni 1904, Recht VIII S. 361.

[2] Wie, wenn dadurch die Grundsätze über das Spiel umgangen werden sollen? Darüber anderwärts in der Lehre vom Umgehungsgeschäfte.

II. Ausgleichsordnung des Unrechtsverkehrs.

Unerlaubte Handlungen.

I. Allgemeines.

§ 172.

I. Der Begriff „unerlaubte Handlung“, den das B.G.B. gebraucht, reicht über den Volksbegriff hinaus. Unerlaubte Handlungen sind nicht etwa bloß rechtswidrige Handlungen, es sind vielmehr **alle Handlungen des Unrechtsverkehrs**, d. h. **alle Handlungen, welche kraft ihrer gesellschaftswidrigen Einwirkung in die Kulturwelt ausgleichsbedürftig sind.**[1] Sie können es sein, weil sie, gegen das Gesetz verstoßend, jemanden verletzen; sie können es aber auch sein, weil sie der Sittenordnung widersprechen. Aber nicht nur ausgleichsbedürftige Sittenwidrigkeiten kommen in Betracht, sondern auch Äußerungen der Halbvernunft oder Unvernunft, Einwirkungen von Wahnsinnigen und Einwirkungen von Tieren, wie auch Einwirkungen von Betrieben, die, durch die menschliche Handlung angelegt, kraft der erregten Kraft selbständig wirken. Der Ausdruck „unerlaubte Handlung“ ist daher nach verschiedenen Richtungen hin unvollständig. Das, was das Gesetz hiermit bezeichnet, sind Wirkungen in die Außenwelt, welche, weil sie in gesellschaftswidriger Weise einen der Gerechtigkeit widersprechenden Zustand herbeiführen, eines Ausgleichs bedürfen, damit die Gerechtigkeit wieder hergestellt wird.

II. Die unerlaubten Handlungen haben verschiedenes gemeinsam:

1. die besondere Verjährung, § 852, 853 B.G.B.,
2. den besonderen Gerichtsstand, § 32, Z.P.O.,

---

[1]) Vgl. oben I S. 576f.

3. die besondere Behandlung im ehelichen Güterrecht, § 1415, 1463 (1549, 1499), 1536 B.G.B.,

4. das Nichtinbegriffensein in der doppelten Rechtsordnung,[1])

5. die Haftung einer juristischen Person für ihre Organe, § 31,

6. die Haftung für Zufälle und die Zinspflicht, § 848, 849,

7. die Grundsätze des ursächlichen Zusammenhangs,

8. den Grundsatz, daß der Schaden zu ersetzen ist, auch wenn er nach einer anderen Richtung trifft, als der Täter vermeinte,

9. den Grundsatz, daß regelmäßig der volle Schaden zu ersetzen ist,

10. die besondere Behandlung der Mittäter und Gehilfen, §§ 830, 840, vgl. 1833,

11. sofern eine Handlung des Verpflichteten selbst in Frage steht, die Regeln der persönlichen Verantwortlichkeit, §§ 827 f.,

12. den Grundsatz des unmittelbaren Ersatzes: ist für einen unerlaubten Eingriff in das Vermögen Schadensersatz zu leisten, tritt dieser Schadensersatz an Stelle des beeinträchtigten Vermögensstückes, so §§ 255, 281, sodann 818, so vor allem beim Gesellschaftsvermögen, § 718, beim Vorbehaltsgut, § 1370, Gesamtgut, § 1473, eingebrachten Gut, § 1524, Kindsgut, § 1638, 1651, Nachlass § 2041, Erbschaft § 2111, 2374.

III. Soweit die gemeinsamen Grundsätze.

Bei vorsätzlichen unerlaubten Handlungen, bei denen eine vorsätzliche Handlung eines Verantwortlichen in Frage steht, gilt noch

1. der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts, §§ 273, 1000, und

2. der Ausschluß der Aufrechnung, § 393; was namentlich bedeutsam ist, wenn ein Gläubiger sich durch unerlaubte Selbsthilfe gedeckt hat und dem hierdurch verletzten Schuldner die Schuld, für welche er sich gedeckt, aufrechnen wollte, — das wäre Zulassung der Selbsthilfe (S. 518 f.); es ist aber auch sonst wichtig; insbesondere wenn jemand durch vorsätzliche Autor- oder Patentverletzung oder durch vertragswidrige Benutzung der Vollmacht etwas erlangt hat und das Erlangte zurückzuleisten hat.

---

[1]) Arch. f. b. Recht XXIV S. 190.

Die bezeichneten Punkte ergeben sich zum Teil von selbst, zum Teil haben sie in dem Obigen ihre Erledigung gefunden (vgl. I S. 257 und 329f., II S. 88 und 116.)

Soweit dies nicht der Fall ist, muß noch eine besondere Ausführung folgen.

§ 173.

I. Für den ursächlichen Zusammenhang (Kausalzusammenhang) gelten die nämlichen Grundsätze wie im Strafrecht.[1]) Von den vielen Bedingungen, welche auf ein bestimmtes Geschehen einwirken, sind diejenigen als Ursachen auszuscheiden, auf welche das Geschehen, nicht nur nach seinem Sein oder Nichtsein, sondern auch nach seinem wesensartigen (qualitativen) Inhalt zurückzuführen ist. Nur wer eine solche Ursache setzt, der ist Verursacher im eigentlichen Sinn.

Wann eine solche wesensartige Einwirkung stattfindet, ist aus den Erscheinungen des Lebens zu entnehmen: es kommt darauf an, ob die Einwirkung für die Art und Weise der daraus hervorgehenden Erscheinungen maßgebend und bestimmend ist, Das läßt sich insbesondere bei organischen Erzeugnissen nachweisen: so das Säen des Samens; aber auch bei der Stofferzeugung chemischer Prozesse: hier kommt es darauf an, daß die Wirkungsstoffe in den betreffenden Wärmegraden einander in die Nähe gebracht werden. Aber auch bei bloß physikalischer Wirkung ist eine solche wesensartige Beeinflussung unendlich oft nachweisbar; so wenn ich bewirke, daß die Schwerkraft auf eine irgendwie gelagerte Sache einwirkt, indem ich die Stütze wegnehme, oder wenn ich einem Körper durch Schlagen, Stoßen, Reißen usw. eine Stoffveränderung beibringe. Auch seelisch ist eine derartige verursachende Beziehung möglich, sofern ich nicht etwa bloß auf die Gedankenverbindung eingewirkt habe, sondern die Seele nach einem bestimmten Ziele absichtlich zu lenken verstand (Anstiftung).

II. Jedenfalls aber muß etwas, damit es Ursache ist, mindestens Bedingung sein, denn die Ursache ist eine Bedingung

---

[1]) Diese habe ich mehrfach, insbesondere neuerdings im Archiv für Strafrecht 51, S. 327f. ausgeführt. Hier auch über die verschiedenen verfehlten sonstigen Theorien.

mit etwas weiterem. Daraus geht von selbst hervor, daß eine Haftung dann nicht eintritt, wenn der gleiche Erfolg auch ohne die maßgebende Einwirkung eingetreten wäre: ist dies der Fall, so fehlt es an dem Bedingungsverhältnis und natürlich noch mehr an dem über die Bedingung hinausgehenden Ursacheverhältnis.[1]) Es ist darum völlig überflüssig, ja geradezu irreführend, wenn das B.G.B. mehrfach, so in §§ 831, 832, 834, die Haftung davon abhängig macht, daß der Schaden nicht auch bei Anwendung der Sorgfalt usw. eingetreten wäre: wenn der Erfolg A eintritt, ohne Rücksicht auf die Tätigkeit oder die Unterlassung X oder Y, dann ist die Tätigkeit oder Unterlassung X und Y nicht einmal eine Bedingung des Erfolges und mithin ein Ursachenzusammenhang von vorweg abgeschnitten. Dies noch besonders sagen, heißt der Vernunft des Lesers zu nahe treten.

III. Dem Gesagten ist aber etwas Notwendiges beizufügen. Man kann nicht nur verantwortlich werden, wenn man die Ursache erregt, sondern auch dann, wenn man eine Bedingung setzt und dadurch bewirkt, daß eine Ursache, die anderswo schlummert, ins Leben gerufen wird, nach dem Grundsatze *„dominus causae est causa causae“*: ich habe hier die Ursache nicht erregt, aber ich habe sie für meinen Zweck benutzt; so also beispielsweise, wenn ich jemanden veranlasse, sich an einen Ort zu begeben, wo Selbstgeschosse liegen, oder auf einen Berg, der durch Lawinen gefährdet ist, oder in ein Haus, von dem ich weiß, daß es in der nächsten Stunde durch eine Sprengung in die Luft fliegt; oder wenn ich einen Dienstboten auf eine Leiter steigen lasse, von der ich wissen sollte, daß sie nach Lage der Sache durch einen Stoß gefährdet werden kann,[2]) oder wenn ich ein Gebäude morsch werden lasse und es dann durch eine Erschütterung von außen zusammenstürzt.[3])

---

[1]) Hat daher jemand den Arm gebrochen, und ist er später schwindsüchtig geworden, sodaß er infolgedessen nicht mehr arbeitsfähig ist, so kommt von dieser Zeit an eine Verminderung der Erwerbsfähigkeit durch Verlust des Armes nicht mehr in Betracht, R.G. 30. Dezember 1908, Jurist. Zeit. IX S. 362.

[2]) Vgl. den Fall des O.L.G. Naumburg, 18. März 1902, Seuffert 57, Nr. 171.

[3]) O.L.G. Naumburg 9. November 1901, Seuffert 57 Nr. 62.

Allein ein solches *dominium causae* liegt nur dann vor, wenn der *dominus* die *causa* schuldhaft benutzt hat: in diesem Falle nämlich kann eine strafrechtliche wie zivilrechtliche Haftung des Urhebers gegeben sein, weil es eine begreifliche Vorschrift ist, daß man nicht nur kein Übel verursachen, sondern auch nicht die Bedingung eines solchen setzen soll, daß man die Setzung eines solchen zu vermeiden hat, sowohl was das vorsätzliche Tun betrifft als auch nach der Richtung des vorsichtigen Handelns hin.

IV. Daraus geht hervor: auch in dem Fall, wo die Haftung einer Person ohne ihr Verschulden begründet ist, kann das Verschulden von Bedeutung sein: denn es bewirkt, daß die Haftung, die sich sonst nur auf das Ursächliche bezöge, auch die Bedingung erfaßt; wenn ich beispielsweise ein Tierhalter bin, so hafte ich an sich zwar für das Übel, welches das Tier verursacht, nicht aber für die Bedingungen, die das Tier setzt. Habe ich einen Hund, so hafte ich dafür, wenn er jemanden beißt und tötet, ich hafte aber nicht, wenn er jemanden erschreckt und dieser infolge des Schreckens einen Schlaganfall bekommt,[1]) auch nicht, wenn der Hund es veranlaßt, daß jemand davon springt und in den Bärenzwinger fällt, oder wenn die Pferde jemanden an der Flucht hindern und er dadurch in die Hände der mißhandelnden und beraubenden Bösewichter fällt, oder wenn durch das Bellen eines Hundes Pferde scheu werden und den Nachbargarten verwüsten, auch nicht, wenn ein Hund durch sein Dazwischenspringen einen Schützen in Unruhe versetzt und infolgedessen das Gewehr nach einer falschen Richtung losgeht und jemanden tötet, auch nicht, wenn ein Hund einen Weichensteller verjagt und daraufhin der Zug verunglückt, so daß Güter und Menschen verletzt werden; noch weniger, wenn, nachdem das Tier jemanden verletzt hat, der Verdacht sich auf eine Person lenkt und diese in Untersuchung kommt und hingerichtet wird. Nach allen diesen Seiten hin könnte eine Haftung nur eintreten, wenn der Tierhalter im Verschulden wäre, also derartiges voraussehen könnte

[1]) Vgl. auch O.L.G. Hamburg 20. Mai 1908, Seuffert 60 Nr. 54; 26. Oktober 1903, Mugdan IX S. 44, Kammergericht 19. März 1901 und R.G. 8. Juli 1901, Mugdan II S. 455 und III S. 460.

und nicht die nötigen Maßregeln träfe. Wer als Aufsichtsführender kraft §§ 831, 832, 834, 838 B.G.B. haftet, haftet natürlich auch im Umfang des *dominium causae.*

V. Daraus geht ferner hervor: die Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung ist insbesondere wichtig, wenn sich aus dem Erstschaden ein zweiter und dritter Schaden entwickelt, z. B. wenn der Verwundete in die Hände eines schlechten Arztes geriet oder während der Beförderung deshalb umkam, weil die Pferde durchgingen; oder wenn infolge schlechter Behandlung Blutvergiftung und der Tod eintrat. Auch hier gilt der Grundsatz, daß die weitere Entwicklung nur insoweit in Betracht kommt, als der Täter kraft der Grundsätze über Urheberschaft dafür verantwortlich gemacht werden kann. Er kann dies jedenfalls, wenn die weitere Folge sich kraft des Gesetzes der Ursache aus dem Ersterfolg entwickelt hat; ist aber der Ersterfolg nur die Bedingung für die weitere Schadenswirkung gewesen, so haftet der Täter nur dann, wenn auch diese weitere Entwicklung im Kreise seiner Verschuldung lag, nach dem Grundsatze des *dominium causae*; so z. B. wenn der Verletzende voraussehen mußte, daß der Beschädigte wegen der Überfüllung der Eisenbahnwagen mit Verwundeten nicht mehr fortgeschafft werden könne. So auch, wenn jemand ein erkranktes Tier liefert und dieses andere Tiere ansteckt: eine etwaige Ansteckung ist ursächlich auf die Naturwirkung zurückzuführen, welche eintritt, wenn das Tier mit anderen in entsprechende Verbindung gebracht ist: die menschliche Tätigkeit, welche die Verbindung schafft, kann hier nicht wesensartig bestimmend sein, sie kann nur die Bedingung bieten, weil die Ansteckungsfolge von vielen besonderen, nicht in der Willkür des Veranlassers stehenden Umständen abhängt und deshalb inhaltlich nicht auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist; daher kann in einem solchen Falle der Täter nur dann für die Ansteckung des Stalles verantwortlich sein, wenn er nach dieser Richtung hin schuldhaft ist; so wenn er die ansteckende Art der Krankheit kannte und wußte, daß das Tier mit anderen im Stall zusammenkomme; hatte er aber etwa das Tier geliefert unter Umständen, welche ihm ein solches Zusammensein vollständig auszuschließen schienen, oder ist ausdrücklich aus irgend welchen sonstigen Gründen bestimmt worden, daß das

Tier getrennt bleiben solle, so ist von einer Haftung in diesem Umfange keine Rede.

VI. Für die Verletzung durch Unterlassung gelten die Grundsätze der gesellschaftlichen Ursächlichkeit, wie ich sie seinerzeit, Studien aus dem Strafrecht I, S. 45 f. aufgestellt habe: jemand, der gesellschaftlich auf einen Posten gestellt ist, um durch eine bestimmte Vorsorge die Wohlfahrt menschlicher Interessen zu wahren, haftet, wenn er diesen Posten verläßt oder nicht ausfüllt, ganz ebenso wie wenn ihn eine dritte Persönlichkeit, während er auf dem Posten stand, an seiner Pflichterfüllung verhindert hätte.[1])

§ 174.

Der Täter haftet, auch wenn die Schädigung nicht in seinem Sinne war und nach einer anderen Seite hin traf, als er wollte. Hat z. B. jemand in gesellschaftswidriger Weise ein Tier gereizt, so haftet er, auch wenn das Tier einen Dritten verletzt, an den er nicht dachte; und wenn jemand einem die Fenster einwirft, so haftet er, auch wenn dadurch eine Laterne beschädigt oder jemandem im Nebenhause ein Loch in den Kopf geworfen wird. Dies ist namentlich für die Fahrlässigkeit von Bedeutung, und es ist besonders hervorzuheben, weil im Strafrecht das entgegengesetzte Prinzip gilt, weil dort ein innerer Zusammenhang zwischen der Verschuldung und dem angerichteten Schaden erforderlich ist. Vgl. S. 31 und 530. Nur für das *dominium causae* ist auch hier der strafrechtliche Grundsatz entscheidend: insofern muß sich die Fahrlässigkeit auf den bestimmten Erfolg beziehen.

II. Elemente.

1. Schadensersatz.

a) Grundsätze.

§ 175.

I. Die Grundsätze von der genossenschaftlichen Pflicht des Beschädigten und der Minderung oder Aufhebung der

[1]) R.G. 20. November 1902, J.Z. XIII S. 158, 30. Oktober 1902, Seuffert 58, Nr. 209. Auf die völlig verfehlten Bekämpfungen dieser Lehre muß ich anderwärts eingehen.

Schadenspflicht infolge seines unvernünftigen Verhaltens (§ 254) gelten auch hier (oben S. 137f.); jedoch ist beizufügen:

1. Ein vernunftwidriges Verhalten gehört, wie S. 137 bemerkt, dann einer anderen Betrachtung an, wenn, wie man zu sagen pflegt, der Ursachenzusammenhang unterbrochen wird, d. h. wenn eben dieses unvernünftige Handeln die Ursache der Schädigung ist, zu welcher sich das Handeln des Schädigers nur als Bedingung verhält. Eine solche Aufhebung des Zusammenhangs wäre ja auch dann gegeben, wenn die vernunftwidrige Handlung nicht von dem Beschädigten, sondern von einem Dritten ausgegangen wäre. Wenn z. B. der Beschädigte sich Ansteckungsstoff in die Wunde gebracht hat und infolgedessen lebensgefährlich erkrankt, so ist dies in gleicher Weise eine sog. Aufhebung des Ursachenzusammenhangs, wie wenn ihm ein Dritter den Ansteckungsstoff eingeimpft hätte. Oder wenn jemand in strafbarem Leichtsinn ein geladenes Gewehr stehen läßt und ein anderer (ein *secundus*) sich damit (in voller Zurechnungsfähigkeit) entleibt, so ist dies ebenso eine sog. Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs, wie wenn ein Dritter im Bewußtsein, daß das Gewehr geladen ist, auf diesen *secundus* angelegt und ihn erschossen hätte. In diesem Fall hat nicht das Stehenlassen des Gewehrs und die hierdurch entstandene Gefährdung den Schaden herbeigeführt, sondern der Täter hat sich eben eines geladenen Gewehres bedient, so oder anders.

2. Ebenso kann möglicherweise durch ein Verhalten des Verletzten die Schuld des Täters aufgehoben werden, wenn dieser infolge solchen Verhaltens sein Handeln für unbedenklich und gedeihlich halten mußte: auch hier kommt es nicht darauf an, ob dieses Verhalten ein Verhalten des Verletzten oder eines Dritten gewesen ist: wesentlich ist nur, daß die Verschuldung des Täters ausgeschlossen war; daher bleibt der Fall hier außer Betracht.[1])

---

[1]) Man vergleiche O.L.G. Hamburg 8. Juni 1901, Mugdan III S. 27: hat der Mieter die Anzeigepflicht nach § 545 nicht erfüllt, so kann eine Ermäßigung der dem Eigenbesitzer obliegenden Haftung eintreten, es kann sich aber auch die Sache so verhalten, daß infolgedessen ein Verschulden des Eigenbesitzers gar nicht vorliegt, sofern dieser in Ermangelung einer solchen Anzeige nicht als verpflichtet erschien, nachsehen zu lassen. Ähnliches gilt bei Beamtentätigkeit und Beamtenpflicht usw.

3. Eine sonstige Vernunftwidrigkeit des Verletzten kann eine Verringerung oder Aufhebung der Schadensersatzpflicht zur Folge haben, und zwar in der Art, daß, wenn jemand getötet wurde und seine Hinterbliebenen das Entschädigungsrecht haben, die Unvernunft des Getöteten eine solche Minderung bewirkt; und auch hier gilt der Satz, daß, wenn ein Dritter auf der Seite des Verletzten als Organ gehandelt hat, sein Verschulden mit in Betracht kommt; so z. B. wenn jemand in seinem Wagen durch Zusammenstoß mit einem zweiten Wagen getötet wurde, der Fuhrknecht des Verletzten selbst aber nicht ohne Verschulden gewesen ist, § 846. Aber bei der Tötung ist nicht nur ein unvernünftiges Handeln des Getöteten zu berücksichtigen, sondern auch ein unvernünftiges Handeln der Hinterbliebenen, auf die sich das Schadensersatzrecht fortpflanzt; so wenn die Angehörigen an dem Tode des Opfers mit schuldig sind: dann entsteht bei ihnen das Schadensersatzrecht mangelhaft;[1]) hier kommt also die Unvernunft des Getöteten wie des Schadensberechtigten in Betracht (§ 846 und 254). Diese Grundsätze gelten natürlich auch bei der Haftung des Betriebsunternehmers und des Tierhalters.[2])

Handelt aber jemand sachgemäß in Erfüllung einer sittlichen Pflicht, so ist sein Handeln kein vernunftwidriges, auch wenn dieses Handeln den Schaden mit verursacht hat; so wenn jemand einem Andern retten wollte und überfahren wurde.[3])

II. Die Grundsätze über die Verrechnung von Vorteil und Nachteil gelten auch hier; doch ist folgendes zu bemerken: die ganze oder teilweise Hebung eines Schadens ist nur dann ein Vorteil, wenn es sich um denselben Schaden handelt, auf den sich der Schadensersatz bezieht; ergibt sich aus einem Ereignis neben dem einen Schaden die Hebung eines anderen durch dasselbe Ereignis entstandenen Schadens, so kommt dies nicht in Betracht; dies gilt namentlich, was die Versicherung von Leben oder Leibesunversehrtheit betrifft: hier soll die Versicherungssumme nicht etwa bloß den Vermögensschaden vergüten, sondern auch weiterhin Freude und Wohl-

[1]) R.G. 18. Mai 1903, Entsch. 55 S. 24.

[2]) O.L.G. Hamburg 4. November 1904, Mugdan X S. 158.

[3]) R.G. 5. Mai 1904 J.W. XXXIII S. 356.

behagen gewähren; daher wäre eine solche Verrechnung bei Feststellung des Ersatzes für Vermögensschaden nicht begründet; und auch wenn der zu leistende Schadensersatz zur persönlichen Genugtuung wird, zehrt er eine derartige Versicherungszuwendung nicht auf: es handelt sich hier um zwei ganz verschiedene Zwecke, die zwar einige Verwandtschaft haben, aber durchaus nicht einander decken; die Versicherungssumme ist daher nicht zu verrechnen.[1])

Eine Verrechnung findet auch dann nicht statt, wenn der Vorteil nicht aus dem Schadensereignis ursächlich erwächst, sondern dieses hierfür nur die Bedingung war; wie wenn infolge eines Zugunglücks jemand einen Freund gefunden hat, der ihm eine einflußreiche Stelle verschafft, oder wenn ein Unfall Veranlassung ist, daß der Betroffene einen Roman darüber schreibt und hierdurch zum reichen Mann wird, oder wenn eine alte Jungfer vom Räuber für die goldene Uhr ein Zeitungsblatt erhält und durch die Zeitung einen Mann findet.

b) Einzelnes.

§ 176.

I. Über die Art und die Berechnung des Schadensersatzes gelten im allgemeinen die früheren Grundsätze (S. 122f.). Doch ist hier mit Rücksicht auf die Besonderheit des Unrechtsverkehrs Verschiedenes beizufügen.

II. Liegt die Verletzung in der Entziehung einer (körperlichen) Sache, so besteht der Schadensersatz zunächst in der Herausgabe dieser, ferner in dem Ersatz der Früchte und Nutzungen, welche der Berechtigte hätte ziehen können. Außerdem kommt in Betracht

1. der Ersatz von Früchten und Nutzungen, die der Unberechtigte gezogen hat, auch wenn der Berechtigte sie nicht hätte ziehen können: diese sind zu vergüten im Falle des bösgläubigen Besitzes, d. h. bei Vorsatz und grober Verschuldung

---

[1]) Vgl. R.G. 29. September 1899, Seuffert 55 Nr. 74, Kolmar 2. Oktober 1902, Z. Els.-Lothr. XXVIII, S. 471. Die Eigenheit des § 4 Haftpflichtges. trifft hier nicht zu. Möglich ist allerdings, daß die Ersatzansprüche ganz oder teilweise an den Versicherer zu übertragen sind; aber dann handelt es sich um eine besondere Bestimmung des Versicherungsrechts. Vgl. O.L.G. Hamm 12. November 1901, Mugdan IV S. 56.

im Erwerb der Sache und, bei nachträglicher Kunde, von dieser an, §§ 990, 987, 932; es kommt ferner in Betracht

2. der Ersatz sonstiger Vorteile, welche der Schädiger aus der Sache gezogen hat: diese sind zu ersetzen im Falle des Vorsatzes nach dem Grundsatze des unredlichen Vermögenseingriffs, § 687 (S. 131); der Entziehende haftet ferner

3. für alle schuldhafte Zerstörung oder Verschlechterung der Sache; er haftet, wenn er die Sache bösgläubig erworben hat, sofort und, bei nachträglicher Kunde, von dieser an, §§ 990, 989. Besteht aber sein Unrecht in der widerrechtlichen Wegnahme, dann haftet er unbedingt für Beschädigung und Zerstörung, sofern seine Handlungsweise zu diesem Erfolg im Bedingungsverhältnis stand, d. h. sofern der Erfolg im Falle der unterlassenen Widerrechtlichkeit nicht eingetreten wäre, §§ 848, 992 (vgl. S. 88).

4. Verwendungen des Besitzers können dabei in Verrechnung kommen, aber wenn der Besitzer im bösen Glauben war, nur nach den Grundsätzen der Menschenhilfe, also wenn sie dem Sinne des Eigners gemäß waren, §§ 994, 990, 850.

5. Wo immer für die Sache Entschädigung zu zahlen ist, ist die Entschädigung zu verzinsen, § 849. Vgl. oben S. 116.

III. Besteht die Verletzung in der Herbeiführung einer Schuldverpflichtung, z. B. durch Zwang oder Arglist, so liegt der Schadensersatz in deren Aufhebung; aus dem Recht auf Aufhebung entspringt auch eine gegen den Gläubiger und gegen jeden dritten Forderungserwerber gehende, der Verjährung nicht unterworfene ständige Verkehrseinrede, § 853. Vgl. S. 463, I S. 197, 584.

IV. Im Falle des Schadensersatzes wegen Entziehung oder Schädigung einer beweglichen Sache tritt eine doppelte Rechtsordnung insofern ein, als der Besitzer der Sache, d. h. derjenige, der zur Zeit der Tat Besitzer war, in Bezug auf die Entschädigungssumme Leistungsempfänger ist, so daß der Schädiger sich durch Leistung an ihn befreit; vorausgesetzt, daß er nicht wußte, daß das Eigentum einem anderen zustehe, und auch nicht in dieser Beziehung in grober Fahrlässigkeit war, § 851. Diese Bestimmung kann nicht auf unkörperliche Gegenstände ausgedehnt werden, bei welchen kein Besitz vorkommt, sondern andere feststellende Vorkehrungen getroffen sind; so insbesondere,

was die Verletzung von Patenten betrifft: hier ist der Eintrag in die Patentrolle maßgebend.[1])

V. 1. Bei Personenverletzung besteht der Schaden auch in dem Nachteil der verminderten Erwerbsfähigkeit, in der Verschlimmerung der das wirtschaftliche Gedeihen der Person (Fortkommen) bedingenden Verhältnisse § 842 B.G.B., vgl. auch Haftpflichtgesetz § 3a; wobei es nicht darauf ankommt, ob der Verletzte bisher seine Kräfte zum Vermögenserwerb angewendet hat oder nicht; vorausgesetzt nur, daß er sie benutzen konnte oder später hätte benutzen können.[2]) Vgl. oben S. 123.

Ist der Verletzte zu einem anderen Erwerb tauglich geblieben, dann kann man ihn auf diesen verweisen, wenn er nach Art der Verhältnisse, namentlich was den Bildungsgang, die gesellschaftliche Stellung der Person und ihren Standeskreis betrifft, ihr zugemutet werden kann.

2. Einen Schadenersatz für Schmerzen körperlicher und geistiger Art gibt das B.G.B., wie oben S. 124 bemerkt, leider nur in sehr geringem Maße; selbst im Unrechtsverkehr: es gibt ihn nur bei Körperverletzung, bei Freiheitsentziehung (im weitesten Sinne, wozu auch die Nötigung gehört, vgl. unten S. 519),[3]) und bei geschlechtlichem Mißbrauch einer Frauensperson, § 847. Eine derartige Entschädigung hat einen besonderen Charakter: sie bringt nicht in das Vermögen etwas, was ihm entzogen worden ist, sondern sie soll dem Verletzten eine Annehmlichkeit bieten, die ihm den Schmerz vergüten kann (S. 123f.). Eine hierauf gerichtete Forderung ist also eine der Forderungen auf „Persönlichkeitsbehandlung", von welchen im Persönlichkeitsrecht zu sprechen ist; sie ist daher unübertragbar, unvererblich und unpfändbar, bis sie durch Borgvertrag in eine gewöhnliche Forderung übergeht, und einer solchen Verborgung steht die Prozeßerhebung gleich aus Gründen, die anderwärts ausgeführt worden sind:[4]) Genugtuung.

---

[1]) Vgl. Handbuch des Patentrechts S. 880f.

[2]) Vgl. Kolmar 4. Oktober 1904, Recht VIII S. 529.

[3]) O.L.G. Hamburg 18. Juni 1903, Seuffert 59 Nr. 84 (der Kläger war zu Schiffsdiensten angehalten worden).

[4]) Z. f. Ziv.-Proz. XXIX, S. 7.

Im übrigen findet die Genugtuung statt, wo überall jemand für derartiges aufkommen muß, also auch wenn die Schadenshaftung den Tierhalter oder den Betreiber eines Unternehmens oder den Aufsichtspflichtigen trifft.[1]) Sie findet statt, auch wenn die Schadensansprüche nach der Unfall-Versicherungs-Gesetzgebung ausnahmsweise deckungsfähig sind (§ 135 Gewerbe-Unf.V.G., namentlich aber § 146 (Abs. 1 und 3) Landw.Unf.-V.G.,[2]) aber natürlich nur innerhalb dieser Ausnahmen.[3]) Sie gilt nicht in Vertragsverhältnissen, § 618, sofern nicht mit der Vertragsverletzung eine unerlaubte Handlung verbunden ist (S. 39, 526).

3. Ist die Person in ihrem Erwerb und Fortkommen beeinträchtigt oder ist sie durch die Verletzung bedürftiger geworden, so erfolgt der Schadensersatz durch Zubilligung einer Unfallsrente, die kraft Freiwahl des Berechtigten in Hauptgeld verwandelt werden kann, wenn die Umstände eine solche Umwandlung angezeigt erscheinen lassen, insbesondere wenn der Beklagte in seinen Vermögensverhältnissen zurückkommt oder in der Leistung der Rente lässig blieb, § 843. Dabei gilt, wie bereits oben (S. 128) bemerkt, die Besonderheit des § 323 Z.P.O.

VI. In manchen Fällen haftet man nur in bestimmtem Umfange:

1. Die Tierhaftung und die Gebäudehaftung ist nur eine Haftung für Verletzung von Leben, Körper oder Sachen; sie tritt daher nicht ein, wenn durch einen Gebäudesturz lediglich eine Verspätung herbeigeführt worden ist, z. B. jemand infolgedessen einen Termin versäumte, §§ 833, 836 f. Im übrigen gelten auch hier die Grundsätze des Ursachenzusammenhangs: so haftet man nicht, wenn jemand infolge einer solchen Verzögerung in eine Gefahr gerät, die bei rechtzeitiger Fortsetzung der Reise vermieden worden wäre, und in dieser Gefahr umkommt.

---

[1]) R.G. 6. März 1902 Entsch. 50 S. 244, O.L.G. Kiel, 5. Februar 1903, Mugdan IX, S. 47.

[2]) O.L.G. Kassel 16. Mai 1904, Mugdan X, S. 153.

[3]) Vgl. die nur teilweise zutreffende Entsch. O.L.G. Celle 26. Februar 1901, Seuffert 56 Nr. 197.

schädigung von Grundstücken und den dazu gehörigen oder zwar getrennten, aber noch nicht eingeernteten Erzeugnissen, § 835.

VII. In manchen Fällen erwirbt der Verletzte eine Forderung zu Gunsten dritter Personen.[1]) Dies ist bei der Tötung der Fall: der Getötete erlangt einen Ersatzanspruch zu Gunsten derjenigen Personen, welchen gegenüber er unterhaltspflichtig war oder werden konnte, und zu Gunsten derjenigen, denen er gesetzlich zu Dienstleistungen verpflichtet war; letzteres gilt auch bei Körperverletzungen und Freiheitsberaubungen (§§ 844, 845). Der Erwerb ist ein Erwerb aus unerlaubter Handlung zu Gunsten der Unterhalts- und Dienstberechtigten: diese erwerben das Recht unmittelbar; es wird nicht etwa erst vom Getöteten oder Verwundeten erworben und auf die Angehörigen vererbt: diese erlangen das Recht, auch wenn sie den Getöteten nicht beerben, und sofern der Verletzte bloß am Körper geschädigt oder seiner Freiheit beraubt ist, schon zu seinen Lebzeiten. Solche Erstreckung auf Dritte ist der einzige Fall des B.G.B.: andere Erstreckungen in der Art, daß, wenn der A. verletzt wird, der B. entschädigungsberechtigt ist, gibt es hier nicht,[2]) also insbesondere nicht, wenn die Verletzung dadurch entsteht, daß der Erstverletzte seine vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann. Auch eine Schadensersatzpflicht, die daraus hervorginge, daß durch die Verletzung des A. die Gefühle des B. schwer gekränkt werden, kommt nicht in Betracht, und dies darum, weil unser Gesetz den seelischen Schaden viel zu wenig berücksichtigt hat.[3])

Im übrigen ist zu bemerken:

1. Durch Tötung des Unterhaltspflichtigen werden die Unterhaltsverhältnisse, wie sie zur Zeit des Todes bestehen, verschoben, und es tritt unter allen Umständen für den Unter-

---

[1]) Vgl. bereits oben S. 124.

[2]) Abgesehen von Sondergesetzen; vgl. auch § 3 des Gesetzes über Entschädigung unschuldig Verhafteter v. 14. Juli 1904.

[3]) Vgl. R.G. 5. Mai 1904 J.W. XXXIII S. 357, O.L.G. Dresden 29. April 1902, Mugdan V S. 374. Auch hier fehlte es den Redaktoren an dem richtigen Verständnis für die menschlichen Interessen.

haltsberechtigten eine Verschlimmerung der Rechtslage ein; daher ist sofort ein Schadensersatzanspruch in der Art gegeben, daß der Schuldige in das gestörte gesetzliche Unterhaltsverhältnis eintritt: der Anspruch ist daher bereits begründet, auch wenn im Augenblick noch keine Unterhaltsbedürftigkeit vorliegt.[1])

2. Die Unterhaltspflicht des Schädigers ist natürlich eine Schadensersatzpflicht, welche einen Gleichwert für den gesetzlichen Unterhalt gibt, sie ist keine gesetzliche Unterhaltspflicht; weshalb, wenn der Unterhalt nicht geleistet wird, nicht etwa eine Bestrafung nach Maßgabe des § 361 Z. 10 R.St.G.B. eintreten kann.[2])

3. Der Erwerb des Forderungsrechts der Angehörigen erfolgt durch den Getöteten oder Verwundeten, weshalb diesem eine gewisse Verfügungsbefugnis zusteht: ihm steht es frei, den Schuldigen durch Versöhnung oder Vergleich zu entlasten.

4. Nur die zur Zeit der Tat im Verwandtschaftsverhältnis Stehenden haben dieses Recht; daher tritt es nicht ein, wenn der Verletzte nachträglich heiratet oder Kinder bekommt, wogegen es genügt, wenn Kinder zur Zeit der Tat auch nur gezeugt waren.

VIII. Der Anspruch auf Schadenersatz enthält auch einen Anspruch auf Unterlassung künftiger Störungen; denn durch Unterlassung wird der regelrechte Pflichtzustand hergestellt. Im gemeinen Recht viel bestritten, wird dieser Anspruch gegenwärtig allgemein anerkannt.[3])

Bei Beleidigungen kann verlangt werden, daß eine unrichtige Angabe berichtigt werde; dagegen wäre Widerruf oder Abbitte kein Schadenersatz, sondern eine den Täter demütigende Genugtuung, welche der Verletzte nicht begehren kann.[4])

---

[1]) Vgl. Zweibrücken 14. Juli 1902, Z. franz. Ziv.R. XXXIII S. 679, Oberstes L.G. Bayern, 9. April 1902, Seuffert 57 Nr. 218.

[2]) Vgl. K.G. 29. November 1904 im Archiv für Strafrecht 52 S. 96f.

[3]) R.G. 11. April 1901, Entsch. 48 S. 114, O.L.G. Dresden, 19. Oktober 1900, Mugdan II S. 482, Celle 5. Mai 1902, Mugdan V S. 239.

[4]) R.G. 9. Januar 1905 Z. franz. Z.R. XXXVI S. 129.

2. Haftende Personen.

§ 177.

I. Die Haftung mehrerer ist eine Gesamthaftung; d jeder haftet für das Ganze: er müßte für das Ganze a dann einstehen, wenn er allein gehandelt und sich der M wirkung vernunftloser Wesen bedient hätte; daher läßt n ihn auch dann nicht für weniger haften, wenn andere Perso zu gleicher Zeit mit ihm verantwortlich sind (S. 136). Mit haften gesamtschuldnerisch:

1. mehrere Mittäter, ebenso Anstifter und Gehilfen, a Begünstiger,

2. mehrere Tierhalter[1]) und mehrere Jagdberechtigte,

3. mehrere Aufsichtspflichtige und mehrere Beamte;

4. sofern jemand für fremdes Tun haftet, haftet und der fremde Täter zusammen, letzterer, falls auch für i eine Haftung besteht, §§ 830, 840, 841; vgl. § 1833.[2])

II. Es haftet also namentlich der Anstifter und der G hilfe, beide nach dem Grundsatze des Strafrechts. Es haf auch der Begünstiger insofern, als er die Wiederherstellu des Schadens durch seine Tätigkeit verhindert und dadur die Fortdauer des Mißstandes verursacht. Übrigens m wenn die Begünstigung stattfand, um den Täter der Stra zu entziehen, die Ausnahmsvorschrift des Strafgesetzbuc gelten, wonach Angehörige von der Haftung frei sind (§ 2 St.G.B.); denn diese Bestimmung beruht nicht etwa bloß a strafrechtlichen Gedanken, sondern auf der Vorstellung, daß ei derartige Tätigkeit dem Begünstiger infolge seiner seelisch Beziehungen nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, vie mehr in gewissem Maße als sittlich geboten erscheint.

Zu Mittätern sind auch fahrlässige Mittäter zu rechne sofern durch die Fahrlässigkeit mehrerer ein Erfolg möglic geworden ist, der bei dem pflichtgemäßen Tun auch n

---

[1]) Sei es desselben Tieres oder mehrerer an dem gleichen Schade beteiligter Tiere, O.L.G. Celle 10. Juni 1902, Mugdan V S. 250.

[2]) Z. B. der Tierhalter und der Beaufsichtiger des Tieres, O.L.(Stettin 31. Mai 1901, Mugdan III S. 25.

eines der Beteiligten vermieden worden wäre. Der § 830 bezieht sich daher auch auf sie; vgl. auch § 1833.[1])

III. Der Begünstigung ähnlich liegt der Fall, wenn mehrere durch unerlaubtes Handeln zusammenwirken und hierbei einem von ihnen eine Verletzung zur Last fällt, in der Art, daß durch solches Zusammenwirken die Unmöglichkeit entsteht, den wahren Täter zu ermitteln: denn hier ist es ähnlich, wie wenn jemand durch unerlaubte Handlung die Spur des Täters verwischt und dadurch die Schadenausgleichung verhindert hätte.

Vorausgesetzt ist natürlich, daß das auf solche Weise unterstützende Tun ein unerlaubtes war, § 830:[2]) der Hauptfall ist der einer Schlägerei, eines Raufhandels; ferner der Fall einer gemeinsamen unerlaubten Jagd, bei der ein Tier erlegt wurde und nicht ersichtlich ist, von wem. Ist dagegen das Mitwirken ein erlaubtes, dann haftet ein Mitwirkender nicht, auch dann nicht, wenn eine Beweisunmöglichkeit eintritt; denn hier ist die Beweisunmöglichkeit durch das Schicksal, nicht durch unerlaubte Handlung herbeigeführt worden. Dies ist der Fall, wenn von mehreren Sonntagsjägern einer den Treiber getroffen hat und es nicht festzustellen ist, von wem die Verwundung herrührt,[3]) u. a.

Vorausgesetzt ist ferner, daß ein bewußt gemeinsames unerlaubtes Handeln vorliegt, denn nur dann ist eine solche Begünstigungshaftung gerecht; nicht also, wenn jemand ohne seine Schuld in ein Getümmel geriet; auch dann nicht, wenn das unerlaubte Handeln ein vereinzeltes war: so wenn mehrere gleichzeitig, aber selbständig Brände fahrlässig oder auch vorsätzlich erregt haben und es zweifelhaft ist, von welchem Brande die schädliche Einwirkung ausging, welche die Stadt einäscherte: die Beweisschwierigkeit ist hier auf andere Weise zu lösen.

Aus dieser Betrachtungsweise geht auch hervor, daß im Fall einer Schlägerei ein Teilnehmer nicht durch den Nachweis

---

[1]) So mehrere fahrlässig handelnde Beamten, R.G. 1. Mai 1902 Entsch. 51 S. 259.

[2]) Vgl. R.G. 30. Juni 1904 Entsch. 58 S. 357.

[3]) Entgegengesetzte Entscheidungen erwähnt Scherer, die ersten 5 Jahre Nr. 1180.

herrühre: denn wenn er auch nicht der Täter ist, so hat er doch zu demjenigen Getümmel und derjenigen Unordnung beigetragen, aus welcher die Mißfolge der Beweislosigkeit hervorgeht.

IV. Die Gesamtverbindlichkeit der mehreren wegen unerlaubter Tat Haftenden führt zur Ausgleichung, welche sich nach den Verhältnissen des Unrechtsverkehrs richten muß; wenn daher ein schuldhaft Handelnder und daneben ein Dritter, welcher für dessen Schuld eintreten muß, gemeinsam haften, so ist dieser Dritte gegenüber dem schuldhaft Handelnden ausgleichsberechtigt, und die Sache bleibt auf dem schuldhaft Handelnden sitzen, §§ 840, 841, 1833. Das gilt im Fall der §§ 831, 832, wie im Fall der §§ 833f., wie im Fall der §§ 839, 841. Ebenso verhält es sich, wenn eine Billigkeitshaftung nach Maßgabe des § 829 und eine Schuldhaftung zusammentreffen: auch in diesem Falle muß die Sache auf dem schuldigen Täter sitzen bleiben, sodaß der Billigkeitshaftende seinen vollen Ersatz nehmen kann. Und steht eine Haftung des Tierhalters oder des Gebäudeaufsichtspflichtigen neben der aus dem Haftpflichtgesetz, so fällt der Rückgriff schließlich auf die letztere.[1])

Überall dagegen, wo die Haftenden im gleichen Grade der Verantwortung stehen, indem sie entweder sämtlich an der Schuld teilnehmen oder sämtlich ohne Schuld sind, findet eine Teilausgleichung statt, §§ 840, 426. Diese Teilausgleichung aber erfolgt nicht immer mechanisch in der Art einer Zahlengleichheit, denn aus § 426 ergibt sich, daß dies nur die Regel sein soll, die aber nach den Umständen Ausnahmen erfahren kann. Danach kann immerhin bei der Ausgleichung auf die Höhe der Schuld und den Grad der Beteiligung des

---

[1]) So R.G. 24. November 1902 Entsch. 53 S. 114: hier ist angenommen, daß, wenn durch einen Bahnzug ein Tier scheu wird und jemanden beschädigt, die Eisenbahnunternehmung kraft Haftpflichtgesetzes verantwortlich sei, und daß der Tierhalter seinen Rückgriff gegen die Bahnverwaltung nehmen dürfe. Das letztere wäre richtig, wenn das erstere richtig wäre. Das erstere aber ist unrichtig; denn einmal liegt kein Betriebsunfall vor, sodann fehlt der ursächliche Zusammenhang. Vgl. ferner R.G. 27. Juni 1904 J.Z. IX S. 815.

einzelnen am Erfolg Rücksicht genommen werden, weshalb beispielsweise die Täter schärfer zu fassen sind als die Gehilfen und die Begünstiger. Und wenn mehrere als Billigkeitshaftende in Anspruch genommen werden, kann die Größe ihres Vermögens in Betracht gezogen werden; im Falle einer Mehrheit von Tierhaltern ist es angemessen, die verschiedenen Wirtschaftsführungen, bei denen das Tier mitgewirkt hat, und die Beteiligung des Tieres an jeder einzelnen Wirtschaftsführung zur Geltung zu bringen.

V. Über die Besonderheit der Jagdberechtigten vgl. §§ 835, 840.

3. Unrechthandeln.

a) Allgemeines.

§ 178.

Das Unrecht kann bestehen

1. in dem schuldhaften Handeln eines Vernünftigen,

2. in dem Handeln eines Unvernünftigen oder Halbvernünftigen,

3. in der Einwirkung einer von Menschen geleiteten Unternehmung oder eines Betriebs und ihren Gefahren; in welchem Falle eine Haftung auch ohne Verschulden möglich ist.

b) Schuldhaftes Handeln.

§ 179.

I. Die Verschuldung setzt Verantwortlichkeit voraus, und diese ist ausgeschlossen,

1. wenn vorübergehend infolge von körperlichen oder seelischen Zuständen die freie Willensbestimmung fehlt; so im Fall der Bewußtlosigkeit und im Fall der Zwangshandlung. Sind allerdings derartige Zustände selbst schuldhafter Weise verursacht worden, dann ist man für die aus solchen Zuständen hervorgehenden Tatäußerungen haftbar; denn wer einen solchen gefährlichen Zustand schuldhaft herbeiführt, muß für die daraus entspringenden Folgen einstehen, und zwar nach Maßgabe des Vorsatzes, wenn er diese Folgen wollte oder sicher voraussah, sonst nach Maßgabe der fahrlässigen Verschuldung, § 827. Vgl. oben S. 32.

Unverantwortlichkeit ist

bestimmung, und dieser Ausschluß kann entweder deshalb erfolgen, weil das Geistesleben so tief steht, daß ein zur vernünftigen Willensbestimmung erforderlicher Einblick in die Verhältnisse nicht vorhanden ist: möglicherweise fehlt der Einblick in das Naturgeschehen, möglicherweise aber nur der Einblick in die gesellschaftliche Gestaltung der Menschheit; beides aber ist zur Verantwortlichkeit erforderlich, namentlich auch das letztere: es genügt insbesondere nicht, daß jemand eine Handlung für verboten ansieht, sofern er etwa das Verbot als einfaches Zuchtverbot erachtet, sondern er muß sich dessen bewußt sein, daß er für eine Übertretung des Verbotes als Mitglied des menschlichen Ganzen verantwortlich wird.

II. Das B.G.B. betrachtet (oben S. 32) den Menschen bis zum vollendeten 7. Jahr als unverantwortlich, vom 7. bis 18. Jahr als zweifelhaft, verantwortlich, so daß hier von Fall zu Fall zu entscheiden ist: es soll ankommen auf die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht, d. h. auf eine geistige Entwicklung, welche einen genügenden Einblick in das natürliche und geistige Leben gestattet, und auf eine Ausgestaltung des Beschlußvermögens, welche es ermöglicht, nach Maßgabe dieser Erkenntnis zu handeln, § 828.[1])

Beim Taubstummen ist in gleicher Weise jeder Fall besonders zu beurteilen, weil sein Verkehr mit der Außenwelt stark beeinträchtigt und darum seine Geistesbildung wesentlich gehindert ist, § 828.

c) Handeln der Unvernunft.

§ 180.

I. Der unvernünftige oder halbvernünftige Mensch bringt der Welt gewisse Gefahren eigener Art. Um diese zu vermeiden, ist er unter Aufsicht zu stellen, und die zur Aufsicht Bestellten haben für alle Sorgfalt zu haften, § 832 (S. 512). Wenn diese Haftung aber nicht ausreicht, um den Schaden auszugleichen, läßt man den Unvernünftigen selbst mit seiner Habe beitragen,

---

[1]) Vgl. R.G. 10. Februar 1904 J.W. XXX S. 202, 8. Februar 1902, Entsch. 51 S. 30, 8. Dezember 1902, Entsch. 53 S. 157, Zweibrücken 9. April 1902, Seuffert 57 Nr. 214.

soweit ihm genügende Mittel zu Gebote stehen: Billigkeitshaftung nach Maßgabe des Vermögens. Die Ausgleichspflicht des Unvernünftigen ist daher durch Vermögensbesitz bedingt, und dieses Bedingnis ergibt sich aus folgender Betrachtung: der Unvernünftige hat sich nicht selbst in diesen Zustand versetzt; ihn darum ohne weiteres haften zu lassen, wäre ein Unrecht; aber das Schicksal, das ihm die Unvernunft gegeben, hat ihm auch ein Vermögen gegeben und ihn mit Mitteln des Lebensbetriebs ausgestattet; dem entspricht der Gedanke, daß, was er kraft einer schweren Schickung Schlimmes in die Welt setzt, nötigenfalls mit Hilfe dessen zur Ausgleichung zu bringen ist, was ihm die Schicksalsfügung an wirtschaftlichen Gütern geboten hat; diese sind in dem Maße zur Ausgleichung zu verwenden, daß sein standesmäßiger Unterhalt, einschließlich des Unterhalts der von ihm gesetzlich zu erhaltenden Personen, nicht notleidet. Daher der § 829 B.G.B.

II. Vorausgesetzt ist ein Handeln oder was als Gleichwert des Handelns zu betrachten ist. Ein Handeln ist möglich bei der Halbvernunft, bei der Halbvernunft des Wahnsinnigen wie des Tieres; bei dem völlig Unvernünftigen tritt an Stelle des Handelns ein Tun kraft der aus dem unvernünftigen Gebilde hervorgehenden Triebkraft (Tatäußerung). Beides liegt nicht vor, wenn das Halbvernunft- oder Unvernunftwesen nur als Werkzeug eines fremden Willens dient, sei es als unbedingtes Werkzeug, so wenn jemand einen Wahnsinnigen auf einen anderen Menschen schleudert und diesen damit verwundet, sei es als bedingtes Werkzeug, wenn der Wahnsinnige durch einen Vernünftigen gelenkt wird und diesem willenlos dient: in solchen Fällen ist von einer Billigkeitshaftung des Wahnsinnigen nicht die Rede; und ebensowenig dann, wenn der Wahnsinnige jemanden dadurch verletzt, daß er bewußtlos niederfällt.

d) Haftung des Unternehmers und Wirtschaftsführenden.

α) Allgemeines.

§ 181.

I. Unsere Welt kann nicht ohne Einrichtungen bestehen, die an sich gefährdender Art, aber für unser Leben unentbehrlich sind. Sie sind darum nicht verboten und können

nicht verboten sein. Wir müssen es auf uns nehmen, unter Gefahren zu weilen, und jeder Tag, an dem wir über die Straße gehen, umgibt uns mit einer Reihe schwerer Bedrohungen. Aber wer wollte ohne elektrische Bahn, wer ohne Hunde und Pferde, und bald wird man auch sagen, ohne Kraftwagen bestehen! Jedoch muß die Rechtsordnung auf der anderen Seite die Veranstalter solcher Gefahren mit der Verpflichtung belasten, für diejenigen Schäden einzustehen, die das Gefolge dieser besonderen Betriebe sind. Daher die Haftung für *Betriebsgefahr*, die Haftung der Unternehmer der Eisenbahnen, der Fernbahnen wie der Kleinbahnen. Daher gilt nicht der Schuld-, sondern der Gefährdungsstandpunkt, und die Schadensersatzpflicht beruht nicht darauf, daß der Betreibende den Schaden schuldhaft herbeigeführt hat, sondern darauf, daß er überhaupt den Betrieb ausübt; und der Grund der Entschädigung liegt nicht in der Ungesetzlichkeit der Tätigkeit, sondern die Haftung ist ein gesetzliches Bedingnis dessen, daß solche Unternehmungen zugelassen sind: wer eine Fülle von Vermögenskraft für einen bestimmten Zweck vereinigt und diese vereinigte Macht in Verkehr setzt, kann nicht ohne Verantwortung bleiben für die aus dem Unternehmen hervorgehenden Gefahren.

II. Als solche Fährnisse kommen nicht nur Unternehmungen großen Stiles in Betracht, sondern jede Wirtschaftsführung: denn jede Wirtschaft ist eine für das menschliche Dasein bedeutsame und dabei gewisse Gefahren bergende Einrichtung; hierher gehört insbesondere jede Wirtschaft, bei der ein Tier gehalten wird.

III. Die Verantwortlichkeit ergiebt sich aus Unternehmen und Wirtschaft: der Träger von Wirtschaft und Unternehmung ist verantwortlich. Der Unternehmungs- und Wirtschaftsbegriff aber ist kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher; es ist daher auch hier einer derjenigen Fälle gegeben, wo sich das Recht auf wirtschaftliche Begriffe beziehen muß.[1] Darum auch die unendlich vielen Streitigkeiten, da die wirtschaftlichen Begriffe teils bei den Juristen überhaupt nicht feststehen, jedenfalls aber nicht so durchgearbeitet sind, daß sie eine unerschütterliche Grundlage geben können. Hiervon aber gilt Folgendes:

---

[1]) Vgl. meinen Aufsatz in der Wirtschaftszeitung I S. 49f.

1. Maßgebend ist die Wirtschaft, nicht das Eigentum an Tier oder Anstaltssache; daher ist jemand auch dann Tierhalter, wenn er einen fremden Hund in seiner Wirtschaft benutzt; Gastwirt ist auch, wer mit fremdem, auch wer mit gestohlenem Geräte wirtschaften sollte. Es ist daher unerheblich, ob etwa die Eigentumsübertragung des Hundes giltig oder nichtig war; und wenn sie angefochten wird und folgeweise nichtig ist, so hat dies auf die Frage des Tierhaltens keinen Bezug.[1] Und wenn ein Kauf rückgängig gemacht und das Pferd zurückübertragen wird, so haftet der Käufer, bis das Pferd in den Wirtschaftskreis des Verkäufers zurückgelangt ist.[2]

2. Auch der Besitz ist nicht entscheidend, weshalb beispielsweise ein Erbe, auf den der Besitz eines Nachlaßtieres kraft Gesetzes übergeht, nicht ohne weiteres Tierhalter ist; und ebensowenig ist er darum Unternehmer, weil ein Unternehmen im Nachlaß betrieben wird. Vielmehr ist, solange der Erbe den Nachlaß noch nicht in seine wirtschaftliche Verwaltung übernommen hat, die Wirtschaft eine Nachlaßwirtschaft, und daher sind die durch Tier oder Betrieb herbeigeführten Verpflichtungen Nachlaßverpflichtungen, die in dem gleichen Maße wie alle Nachlaßverbindlichkeiten, aber auch nicht mehr, auf dem Erben haften. Und ist jemand Besitzer, so ist nicht nötig, daß er Eigenbesitzer ist; denn es handelt sich nicht um die Behauptung des Eigentums, sondern um Wirtschaft im eigenen Namen; weshalb natürlich der Pächter Unternehmer oder Tierhalter ist, wenn er mit dem ihm überlassenen Inventar wirtschaftet und die entsprechenden Viehstücke benutzt. Dieselbe Frage gilt von den Militärpferden: die Wirtschaft betreibt der Fiskus; anders wenn ein Beamter für sich ein Pferd hält, auch wenn ihm für das Halten des Tieres Kostenersatz gewährt wird: hier betreibt der Beamte die Wirtschaft.[3]

---

[1]) Eine Unsumme von Entscheidungen sprechen vom Tierhalter; sie streifen meist das Richtige, greifen aber auch oft daneben. Vgl. Warneyer, B.G.B. § 833 I.

[2]) O.L.G. Kassel 1. Februar 1904, Mugdan IX S. 42.

[3]) Vgl. R.G. 2. Juli 1903 Jur.Zeit. VIII S. 454, Kammergericht 21. Januar 1902, Mugdan IV S. 248.

die Verträge mit den Angestellten, welche in der Wirtschaft tätig sind, zu Recht bestehen oder nicht.

IV. Träger von Unternehmen oder Wirtschaft kann man sein

1. als Eigner oder Miteigner des Geschäfts, und es kommt daher auch für unsere Frage wesentlich darauf an, ob jemand noch geschäftsbeteiligt, ob er z. B. noch Gesellschafter oder bereits ausgeschieden ist, und das Gleiche gilt von den Mitgliedern eines beschränkt rechtsfähigen Vereins;

2. als Nießbraucher, Pächter, als Nutznießer; und ist das Vermögen ein eingebrachtes Gut der Frau, dann trägt der Mann die Gefahr der Wirtschaft, bei der Gütertrennung dagegen steht das dem Gut der Frau dienende Tier oder die im Gute der Frau betriebene Anstalt auf Gefahr der Frau. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob Tier oder Anstaltssache dem einen oder anderen zu eigen gehört, weshalb beispielsweise auch ein zum Vorbehaltsgut der Frau gehöriger Hund auf Gefahr des Mannes steht, wenn er für das Vermögen des Mannes oder das eingebrachte Gut benutzt wird;

3. als Beschlagsberechtigter: daher kann die Konkursmasse (d. h. die Gläubigergemeinschaft) Unternehmerin oder Tierhalterin sein, denn die Gläubiger bekommen das Vermögen des Gantschuldners in ihre Bewirtschaftung; sie können aber auf das Beschlagsrecht an Tier oder Anstalt verzichten und sie wieder dem Gantschuldner ausliefern, z. B. den dem Gantschuldner gehörigen Schoßhund; oder sie können auch, ohne Verzicht auf das Beschlagsrecht, Tier oder Anstalt dem Gantschuldner zur eigenen Wirtschaft überlassen.[1])

V. Die Verantwortung aus dem Unternehmen kann eine dreifache sein,

1. eine unbedingte Verantwortung ohne jede Rücksicht auf sittliche Pflichtbetätigung,

2. eine Verantwortung mit der Schranke, daß für Einwirkungen nicht gehaftet wird, welche in ungewöhnlicher Weise von außen kommen und auch durch eine besondere, allen Teilen nachgehende Sorgfalt nicht vermieden werden können (vgl. S. 501 und oben I S. 251 f.);

[1]) Über den Gewerbebetrieb im Konkurs handelt gründlich Schultzenstein, Z. f. Ziv.-Proz. XXXIII S. 447 ff.

3. eine Verantwortung, die nur dann hervortritt, wenn die verkehrsmäßige Sorgfalt nicht beobachtet worden ist, sodaß hier die Besonderheit nur darin besteht, daß das Unrechthandeln kein unmittelbares Unrechthandeln ist, sondern durch die Veranstaltung, in der jemand wirkt, vermittelt wird.

Vorbildlich für den ersten Fall ist die Haftung des Tierhalters; vorbildlich für den zweiten die des Gastwirts. Daneben gibt es noch einige andere minder bedeutsame Fälle.

β) Unbedingte Haftungen aus Unternehmung und Wirtschaft.

αα) Einzelne Fälle.

§ 182.

Haftungen dieser Art sind:

1. Landesgesetzlich die Haftung der Gemeinde für die Schäden aus Zusammenrottung, eine Haftung, welche darauf beruht, daß das Zusammensein der Menschen Gefahren birgt, die durch tatkräftiges Verhalten der Gemeinde beschworen werden sollen, für deren Ausbruch aber die Gemeinde meistens unbedingt haftbar gemacht wird (A. 77).[1]

Aber auch das Reichsrecht kennt ähnliche Haftungen:

2. die Schadenshaftung wegen der unbefugten Verbreitung von Inhaberschuldbriefen: sie ist eine Haftung, die aus der Gefährlichkeit der Rechtseinrichtung hervorgeht und darum einen jeden trifft, der solche Schuldbriefe ausgestellt hat, auch dann, wenn diese etwa ohne sein Verschulden in den Verkehr gekommen sind, § 795. Die Haftung ist eine Haftung nicht dafür, daß die Schuldbriefe verbreitet worden sind, sondern dafür, daß der Aussteller eine Tätigkeit vollzogen hat, kraft welcher unmittelbar oder mittelbar die Erwerber statt giltiger nichtige Schuldbriefe erlangten. Sie ist darum eine Haftung für das positive, nicht bloß für das negative Interesse.

3. Fälle mit unbedingter Unternehmerhaftung bietet auch die Zivilprozeßgesetzgebung in §§ 302, 600, 717, 945, anders

---

[1]) Enzykl. I S. 711. Über Elsaß-Lothr. Kisch, Els. Loth. Landesprivatrecht S. 350.

§ 541. Unsere Prozeßgesetzgebung gewährt vielfach der Persönlichkeit, auch wenn sie keinen Rechtsanspruch hat, scharfe Maßnahmen des Rechtsganges, damit sie ihr etwaiges Recht schleunigst und sicher zu verwirklichen vermag; das sind gefährliche „Unternehmungen", welche den Gegner unbedingt niederwerfen und möglicherweise sehr tief in seinen Vermögenskreis eingreifen, ohne daß er sich ihrer erwehren könnte. Dem entspricht es, daß der Kläger, der sich solcher Mittel bedient, einer unbedingten Haftung unterliegt, für den Fall, daß seinem Begehren kein wirkliches Recht zu Grunde liegt oder es auch nur durch künftige Maßnahmen des Rechtsganges gemißbilligt wird.

4. Der Hauptfall aber ist der Fall des Tierhalters.

ββ) Tierhalter.

§ 183.

I. Wer ein Tier hält, sei es in seinem Haus oder in seinem Geschäft, erregt damit eine Gefahr, für die er nach gewisser Richtung hin aufkommen muß, § 833.

Die eigenartige Gefahr liegt in der Halbvernunft des Tieres. Das Vernunftlose ist uns mehr oder weniger untertänig. Das Vernünftige wird durch das Gebot der Sitten- und Rechtsordnung im Zaum gehalten. Das halbvernünftige Tier aber teilt keines von beiden, und darin liegt seine Besonderheit. Es hat Launen, es ist augenblicklichen Erregungen unterworfen, die auf unerforschlichen Vorstellungsverbindungen beruhen; dies macht sein Tun in gewissem Grade unberechenbar und unbestimmbar. Daher kann ein Tier Schädigungen bereiten, die man in keiner Weise vorauszusehen und zu vermeiden vermöchte. In Betracht kommen hier allerdings nur Gefahren, denen ein fremder Kreis ausgesetzt ist, in den das Tier einwirkt: Gefahren für den eigenen Wirtschaftskreis bleiben außer Ansatz; denn wer in diesem Kreise freiwillig lebt, ist von selbst der regelmäßigen Entwicklung seiner Wirtschaftsverhältnisse unterworfen und kann nur den Träger der Wirtschaft für seine Sorgfalt verantwortlich machen, § 618. Infolgedessen gilt der Satz: wer ein Tier in seiner Wirtschaft hält, hat für die besonderen

Gefahren der Halbvernunft des Tieres einzustehen, welche gegenüber einem anderen Wirtschaftskreise hervortreten.[1])

II. 1. Es haftet der Tierhalter, d. h. der Träger der Wirtschaft, welcher das Tier dient. Die Wirtschaft kann Hauswirtschaft oder Geschäftswirtschaft sein. Auch der Luxus- und Schoßhund gehört hierher, auch der Hirsch im Park, besonders aber das zum Schutze des Hauses, zum Bewegungsdienst und zum Nahrungserwerb benutzte Tier (auch die Biene); natürlich auch dasjenige Tier, welches aufgezogen wird, um später seinen regelmäßigen Zwecken zu dienen, denn in allen diesen Fällen liegt eine Wirtschafts-, d. h. eine zusammenhängende Zwecktätigkeit vor.

Und ebenso ist zweifellos eine Wirtschaft auch dann gegeben, wenn man ein Tier als Mittel für Erforschungszwecke benutzt, z. B. ein Reisender sein Pferd oder ein Physiologe die Vivisektionstiere; und das Gleiche gilt, wenn der Staat Tiere bei seinen staatlichen Tätigkeiten benutzt, insbesondere die Militärpferde: natürlich sind hier nicht die Offiziere und Mannschaften die Tierhalter, sondern der Staat (S. 492).

Wo dagegen das Tier keiner Wirtschaft dient, findet auch eine Haftung nicht statt. Daher ist der Wächter des Tieres kein Tierhalter (für ihn gilt § 834), daher nicht ein Sachverständiger, der zur Untersuchung eines Tieres berufen ist und infolge der Untersuchungstätigkeit das Tier bei sich hat, sei es nun ein Tierarzt oder sei es etwa die Untersuchungskommission des „klugen Hans“; und noch weniger ist von einem Tierhalter die Rede, wo, wie bei Wanzen und derartigem, das Tier nur ein sehr unerwünschter Gast, nicht ein Mittel der Wirtschaft ist.

2. Die Eigenschaft der Geschäftsfähigkeit oder Verantwortlichkeit des Tierhalters kommt nicht in Betracht, sondern maßgebend ist nur, daß das Tier einer Wirtschaft einverleibt worden ist. Daher ist von einer Tierhaltung natürlich dann

---

[1]) Die Fragen der Tierhaltung hat man in den letzten Jahren für nagelneue Probleme gehalten, während sie in der französischen und italienischen Literatur längst bearbeitet worden sind. Man vgl. die französischen Kommentare zu A. 1385, Chironi, Colpa extracontrattuale II, Nr. 363, neuestens Frangano im Circolo giuridico XXXVI, p. 145 ff.

Wirtschaft führt, z. B. wenn ein Junge ein Kaninchen hält oder einen Hund als Spielgefährten benutzt: hier kann es sich höchstens um die Hauswirtschaft handeln, der die Angelegenheiten des Kindes angehören, und diese ist nur dann von Bedeutung, wenn das Tier wirklich darin aufgenommen wird, nicht aber, wenn etwa der Junge das Tier im Geheimen für sich besitzt. Das Gleiche gilt von dem wegen Geisteskrankheit Geschäftsunfähigen: auch hier kommt es wesentlich darauf an, ob er trotz seiner Geschäftsunfähigkeit eine eigene Wirtschaft führt oder nicht: ein solches ist möglich, wenn auch alle seine Rechtsgeschäfte nichtig sind.

3. Möglich ist auch, daß Tiere mehreren Wirtschaften zugleich dienen; so wenn ein Hund jemandem in Verwahrung gegeben wurde und dieser den Hund zugleich für seine Zwecke benutzt: in solchem Falle ist der Verwahrer des Hundes zu gleicher Zeit Tierhalter; in der Eigenschaft als Verwahrer hält er den Hund im Wirtschaftskreis des Hinterlegers zurück: mithin dient der Hund zwei Wirtschaften, daher kann die Haftung eine doppelte sein.

4. Was man sonst als Merkmal aufgestellt hat, ist großenteils irrig. Ob jemand dem Tiere Obhut und Pflege angedeihen läßt,[1]) ist nur ein Merkzeichen für die Annahme der Wirtschaft, aber nichts Wesentliches; so ist jemand auch dann Tierhalter, wenn er das Tier vernachlässigt und ein anderer in gutem Herzen dem Tiere Nahrung und Unterhalt zukommen läßt; und ebenso bleibt jemand dann Tierhalter, wenn er das Tier deswegen nicht verpflegt, weil es ihm vorübergehend entlaufen ist.[2]) Auch das kommt nicht in Betracht, ob man das Tier für kurze oder lange Zeit haben

---

[1]) Dies meinen viele Entscheidungen, z. B. R.G. 3. Juli 1902 Entsch. 52 S. 117, 118 (wer „in eigenem Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat, und zwar nicht bloß zu einem ganz vorübergehenden Zweck, sondern auf einen Zeitraum von einer gewissen Dauer“ — ungenau und mehrfach vorbeistreifend), Zweibrücken 18. November 1903 Z. f. franz. Ziv.R. XXXV S. 363, Naumburg 22. Mai 1903, Seuffert 58 Nr. 210.

[2]) Daher sagt der Code civil ausdrücklich in a. 1385: Le propriétaire d'un animal . . . . est responsable du dommage que l'animal a causé soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu 'il fût égaré ou échappé.

will: wesentlich ist nur, daß man es für seine Wirtschaft haben will; daher ist natürlich der Käufer eines Tieres Tierhalter, wenn er es auch in der Absicht hält, es im anderen Augenblick zu schlachten oder weiter zu verkaufen; während umgekehrt, wer das Tier für einen augenblicklichen Zweck entleiht oder mietet, nicht Tierhalter ist, z. B. der Sonntagsreiter oder der Spaziergänger, der zu seinem Vergnügen oder als Tierfreund einen fremden Hund mitnimmt, denn für sein Vermögen haben die Tiere keine wirtschaftliche Betätigung: der augenblickliche Gebrauch um einer außerwirtschaftlichen seelischen Stimmung willen gehört nicht in die Wirtschaft; ganz anders, wenn man ein Tier auch nur augenblicklich in seiner Fabrik verwendet, oder sich einen Hund mietet, um nachts einen Bau zu bewachen: denn in diesem Falle steht der Gebrauch mit der gesamten Wirtschaftsführung in Verbindung.[1])

III. Die Haftung findet statt für den Fall, daß das Tier von seinem Wirtschaftskreise aus in einen anderen Kreis einwirkt, nicht aber, soweit es im eigenen Wirtschaftskreise sich betätigt. Darum haftet der Tierhalter, wenn etwa das Pferd einen Dritten durch einen Hufschlag verletzt, nicht aber, wenn der Reitknecht, der das Pferd zu besorgen hat verletzt wird,[2]) oder die Dienstmagd, die den Hund ausführen muß, oder ein Gast, der im Haus Unterkunft findet oder als Fahrgast mit in den Wagen genommen wird;[3]) ganz anders natürlich dann, wenn jemand als Fahrgast eines Omnibus oder einer Mietkutsche verletzt wird, denn dieser tritt nicht in den Wirtschaftskreis des Beförderungsunternehmers, sondern bleibt in seinem eigenen Kreise, in den eben gerade durch die wirtschaftliche Tätigkeit des Fuhrunternehmers eingewirkt werden soll.

---

[1]) Nur teilweise zutreffend O.L.G. Jena 15. Januar 1902, Mugdan IV S. 246.

[2]) Unrichtig R.G. 6. März 1902 Entsch. 50 S. 244, 27. November 1903, J.W. XXXIII S. 57, O.L.G. Naumburg 26. Januar 1904, Seuffert 59 Nr. 258; richtig R.G. 13. Juli 1904 (Trainer) J.W. IX S. 1090.

[3]) Daß in diesem Fall der liebenswürdige Menschenfreund, der einen müden Wanderer in sein Gefährt nimmt, haften soll, wäre haarsträubend; und doch hat man's behauptet!

IV. Eine Haftung des Tierhalters findet nicht statt, wenn das Tier nur als Werkzeug oder nur kraft Lenkung handelt.[1]) Dagegen führt jede Äußerung der Halbvernunft des Tieres, jede Laune, jedes Ausschlagen, auch wenn es von außen veranlaßt ist, selbst die bloß reflektorische Bewegung des Tieres zur Haftung, weil auch diese mehr oder weniger von dem halbvernünftigen Wesen des Tieres beeinflußt ist.

Gleichgültig ist hierbei, ob eine Tücke des Tieres vorliegt, gleichgültig auch, ob eine außergewöhnliche Mißlaune, oder ein seiner sonstigen Gewohnheit entsprechender Reiz.[2])

V. Im übrigen haftet man für den Schaden, der auf das Wirken des Tieres nach den Regeln des ursächlichen Zusammenhangs zurückzuführen ist; man haftet dafür, auch wenn die Tatäußerung des Tieres selbst beeinflußt war, sofern es nur dadurch nicht zum bloßen Werkzeug wurde: so wenn das Tier durch eine ungewöhnliche Erscheinung scheu gemacht wird oder wenn ein Erdbeben eine ganze Herde in panischen Schrecken versetzt, sofern nur infolge dieser Beeinflussung das Tier nicht aufhört, als halbvernünftiges Wesen zu wirken, sofern es nur nicht blindlings einer Leitung folgt.[3])

VI. Haftet auch der Tierhalter ohne weiteres, so kann gleichwohl unter besonderen Umständen seine Verschuldung in Betracht kommen[4]) (vgl. oben S. 474f.),

1. wenn ein Handeln des Tieres für die Beschädigung nicht Ursache, sondern nur Bedingung war, so daß der Schaden nur dann auf dem Tierhalter lasten kann, wenn ein *dominium causae* vorliegt, wenn also die Bedingung durch sein Verschulden gesetzt worden ist; wenn er es z. B. verschuldet hat, daß sein Hund jemanden verhindert, einer Gefahr zu entgehen, oder jemanden erschreckt, so daß ihm ein Schaden entsteht, oder

---

[1]) R.G. 6. Februar 1902 Entsch. 50 S. 180. O.L.G. Jena 15. Januar 1902, Mugdan IV S. 246; unrichtig Naumburg 7. Juni 1901, Seuffert 56, Nr. 223.

[2]) Das römische Recht befand sich hier noch auf einem vorsintflutlichen Standpunkte, den andere Rechte bereits überwunden hatten.

[3]) R.G. 26. Februar 1903 Entsch. 54 S. 73, O.L.G. Celle 22. Dezember 1903, Mugdan IX S. 43, Hamburg 26. Oktober 1903 ib. IX S. 44.

[4]) Z. B. er läßt den Hund ohne Maulkorb herumlaufen.

den Schützen ablenkt, so daß ein harmloser Spaziergänger erschossen wird;

2. wenn es sich um einen anderen Schaden handelt als die Beschädigung einer Sache oder einer Person in Gesundheit und Leben, z. B. wenn bissige oder bellende Hunde die Mieter der Nachbarschaft verscheuchen und infolgedessen die Häuser leer stehen, oder wenn jemand durch ein solches Tier verhindert wird, seinen Weg zu gehen und infolgedessen einen Zug versäumt; denn bereits oben (S. 482) wurde hervorgehoben, daß der Tierhalter als Tierhalter nur für Tötung, Körperverletzung und Sachbeschädigung einsteht;

3. wenn jemand deshalb nicht als Tierhalter gilt, weil er nicht Träger einer Wirtschaft ist, z. B. wegen Unzurechnungsfähigkeit; in diesem Falle kann immer noch eine Haftung kraft Verschuldens oder eine Billigkeitshaftung nach § 829 vorliegen.

γγ) Wildschadenshaftung.

§ 184.

Eine Haftung für Tiere findet auch statt in Gestalt der Wildschadenshaftung, welche auf dem Jagdberechtigten oder auf dem Jagdausübungsberechtigen ruht, aber unter Umständen auch dem Jagdpächter, ja sogar dem bloß möglichen Jagdpächter auferlegt wird, § 835 und A. 71, Z. 3 und 6. Der Jagdberechtigte hält die Jagdtiere nicht und benutzt sie nicht als Betriebsmittel seiner Wirtschaft: er haftet darum auch in geringerem Maße; der Grund seiner Haftung aber liegt darin, daß er die Tiere als Ertrag des Grundstücks hegt, indem er anderen ihre Vertilgung verbietet und aus dem Vorhandensein und der Fortpflanzung der Tiere Vorteil schöpft. Infolgedessen entstehen Gefahren, die aber regelmäßig keine Lebensgefahren sind; daher die obige Beschränkung (S. 483). Im einzelnen ist sehr viel der Landesgesetzgebung überlassen, weshalb hier von weiterer Darstellung abgesehen werden muß.

Über Anmeldung des Wildschadens und das Erlöschen der Haftung bei Nichtanmeldung vgl. A. 70. Über die Haftung einer Mehrheit von Grundeigentümern, die zusammen die Jagdausübung haben, vgl. § 835 Abs. 3 und 840.

γ) Unternehmerhaftung bis zur höheren Gewalt.

§ 185.

I. Die Haftung der zweiten Stufe ist die Haftung bis zur höheren Gewalt; denn höhere Gewalt ist, wie bereits früher (S. 493 und I S. 251) hervorgehoben, ein außergewöhnliches Einwirken von außen,[1]) das auch durch eine ins einzelne gehende Sorgfalt nicht vermieden werden könnte. In 1. Linie gehört hierher die Haftung der Eisenbahnen nach dem Haftpflichtgesetz vom 7. Juli 1871 und den Haftbestimmungen der Landesgesetze, die durch A. 105 B.G.B. zugelassen worden sind.

2. Sodann kommt vornehmlich die Haftung des Gastwirts in Betracht.

II. Der Gedanke ist: der Gastwirt haftet für seinen Kreis, in welchen die Sachen eines (wirklichen oder vermeintlichen) Gastes gebracht werden; er haftet, jedoch mit Ausnahme derjenigen Schäden, die im besonderen Kreis des Gastes sich entwickeln.[2]) Der Grund seiner Haftung ist nicht etwa, daß man dem Gastwirt nicht traut, oder daß der Aufenthalt bei Gastwirten besondere Gefahren in sich birgt, sondern er liegt darin, daß auf Grund des Gastwirtsgewerbes die geheimsten Sachen des Gastes bedingungslos in einen fremden, nicht eben bereits erprobten Kreis gelangen und damit dem Gastwirt ein Vertrauen geschenkt wird, das nicht durch vorherige Kenntnis und Erfahrung gerechtfertigt ist. Diesem Verhältnis entspricht die gesteigerte Haftung, § 701.[3])

Sie tritt daher nur ein im Fall der Beherbergung, wenn der Gast im Gasthause ein Heim sucht (mag er ein eigenes Zimmer bekommen oder nicht); nicht aber wenn er die Herberge bloß als Wirtshaus behandelt und darin zehrt oder seine Pferde

---

[1]) Weshalb die Folgen der Betriebsgefahr keine höhere Gewalt sind, auch wenn sie nicht vermieden werden können, z. B. das Überfahren von Kindern durch eine Straßenbahn: dies sind Ausflüsse der besonderen Betriebsgefahr, für welche zu haften ist, vgl. R.G. 2. November 1899, Seuffert 55 Nr. 76. Grundverfehlt ist die Ansicht, welche die höhere Gewalt nicht streng von der Betriebsgefahr scheidet.

[2]) Hierüber vgl. O.L.G. Frankfurt 26. November 1902 Recht VII S. 128.

[3]) Die Entwicklung hat sich im Mittelalter vollzogen; das Röm. Recht war nur der Ausgangspunkt; vgl. Rechtsenzyklopädie I S. 709.

einstellt;[1]) hat er aber ein Heim in der Herberge, so kommt es nicht weiter darauf an, ob dies für kürzere oder längere Zeit stattfindet. Keine Beherbergung erfolgt, wenn ein Hausbesucher beim Wirte wohnt, oder wenn ein Geschäftshaus im Erdgeschoß der Wirtschaft einen Laden gemietet hat.

III. Die Haftung des Gastwirts ist die Folge des tatsächlichen Anvertrauens zum Zweck der Beherbergung. Sie tritt daher auch ein:

1. wenn der Gastvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Gastes nichtig ist;

2. wenn er wegen Geschäftsunfähigkeit des Gastwirts nichtig ist, sofern nur die Gastwirtschaft von ihm tatsächlich betrieben wird, sodaß ihn die Verantwortung trifft (oben S. 496f.);

3. auch dann, wenn der Gastvertrag angefochten und als nichtig erklärt wird;

4. auch dann, wenn, nachdem die Sachen zur Beherbergung anvertraut sind, der Gastvertrag etwa wegen Preiszwiespalts nicht zu stande kommt;

5. auch dann, wenn die Sachen nicht übergeben sind, aber infolge der Gastwirtstätigkeit in die Anvertrauung der Gastwirtschaft kommen; z. B. weil die Leute des Gastwirts aus Versehen die Sachen als Sachen des Gastes mitnahmen, oder weil der Gast sie Leuten anvertraute, die er nach den Veranstaltungen des Gastwirts als dessen Leute betrachten mußte;

6. auch dann, wenn der Gast (zu Recht oder Unrecht) mit fremden Sachen reist; der Gastwirt haftet dann nicht nur dem Gast, sondern auch dem Eigentümer (der Wortlaut des § 701 steht nicht entgegen.[2])

IV. Der Gastwirt haftet nicht, wenn der Schaden im engeren Kreise des Gastes verursacht wird (z. B. durch einen

---

[1]) O.L.G. Dresden 18. Mai 1902, Mugdan V S. 145; O.L.G. Königsberg 14. Mai 1904, Seuffert 59 Nr. 258, O.L.G. Stuttgart 28. Oktober 1904 J.Z. X S. 176.

[2]) Dies natürlich noch mehr, wenn der Gastwirt die Sachen als Sachen des Eigentümers erkannte, wenn z. B. der Geschäftsreisende mit dem Koffer des Geschäftsherrn reist, franz. Kass. Hof 9. Dezember 1901, Z. franz. ZR. XXXIV S. 416.

Diener des Gastes, durch ein Familienglied, einen Besuchenden oder einen Reisegenossen), § 701.

V. Die Haftung des Gastwirts ist eine Haftung

1. natürlich für sein Verschulden; sodann für seine Leute, d. h. die von ihm oder seinen Angestellten (innerhalb ihres objektiven Geschäftskreises) zur Hilfe zugezogenen Personen: der Wirt haftet hier unbedingt, nicht bloß nach § 278, also nicht bloß, soweit es sich um Dienstobliegenheiten handelt; auch nicht bloß nach § 831, also unbedingt, auch ohne Aufsichts- oder Auswahlverschulden;

2. für sonstige Schäden bis zur höheren Gewalt, sofern nicht der Schaden durch die Entwicklung der Sache selbst herbeigeführt worden ist, § 701.

Die Haftung zu 2 wird bei Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten, also bei Sachen, welche entweder unmittelbar einen Wert verkörpern oder in Bezug auf ihren Umfang einen ungewöhnlichen Wert enthalten, auf 1000 Mk. beschränkt, sofern sie dem Wirt nicht zu besonderer Aufbewahrung gegeben oder angeboten werden; denn der Wirt darf, wenn er überhaupt den Gast beherbergen will, die Verwahrung nicht ohne gesteigerte Haftung ablehnen, § 702.

Diese Beschränkung der Haftung des Wirts auf 1000 Mk. bezieht sich auf den jeweiligen Beherbergungsvertrag. Wenn daher mehrere Personen, obgleich zusammen, mehrere Beherbergungsverträge abschließen, so gilt für jeden die Summe vom 1000 Mk. Anders, wenn jemand einen Beherbergungsvertrag für mehrere Personen eingeht, z. B. ein Hausvater für die ganze Familie oder ein „Impresario“ für eine Schar von Künstlern.

VI. Die Haftung dauert, solange die Sachen als Sachen des Gastes anvertraut sind. Daher hört sie auf, wenn sie nach der Abreise aus Versehen zurückbleiben; ist ausgemacht, daß die Sachen dem Gast nachgesandt werden sollen, so ist dies ein Verwahrungs-, Auftrags- oder Dienstvertrag, der (laut nachgiebigen Rechts) die ursprüngliche Haftung fortsetzt. Die Haftung hört auch auf, wenn der Gast die Sache an sich nimmt oder sie in einen zur Aufbewahrung solcher Sachen

nicht bestimmten Raum bringt, z. B. seine Brieftasche auf dem Speisetische liegen läßt.[1])

VII. Eine Vernunftswidrigkeit des Gastes nach § 254 kann auch hier in Betracht kommen; allein eine solche liegt nicht vor, wenn der Gast sich im Gasthause heimisch fühlt und seine Habe unabgeschlossen läßt; denn dies gehört zur Behaglichkeit des gastlichen Heims, das ihm gewährt werden soll.[2])

VIII. Der Ersatz ist auch hier (abgesehen von der soeben angeführten Beschränkung) voller Schadenersatz (nicht bloß Sachwertersatz). Die entstandene Ersatzpflicht unterliegt aber einer auflösenden Bedingung: sie erlischt, wenn nicht unverzüglich dem Wirte oder dessen Vertreter Anzeige erstattet wird, damit die nötigen Nachforschungen gepflogen werden können, § 703 (S. 25). Die Verspätung der Anzeige schadet aber nichts, wenn sie einflußlos war.

b) Einfache Unternehmerhaftung.

αα) Allgemeines und Haftung von Gemeinwesen und Beamten.

§ 186.

I. Die gewöhnliche Unternehmerhaftung ist eine Haftung für sorgfältige Behandlung des Unternehmens; daher ist der Unternehmer hier haftfrei, wenn er alle nach den Umständen des Falles zu verlangende Sorgfalt gewahrt hat. Unternehmen ist natürlich auch hier im weitesten Sinne zu verstehen: eine jede Vermögensvereinigung von wirtschaftlicher Kraft, die nach außen wirkt und den Träger zu Obhut und Sorgfalt verpflichtet. Sie kann auf öffentlich-rechtlicher Stellung beruhen, wie auf privater Übernahme.

II. Daher kommt in Betracht 1. das öffentliche Gemeinwesen und die Organe des öffentlichen Wirkens. Die Staatstätigkeit hat die allgemeine Entwicklung des Staatsganzen, und dabei auch die Entwicklung der Interessen der Einzelpersönlichkeiten zum Zweck. Soweit sie diese letzteren Ziele verfolgt, enthält die fehlerhafte Staatstätigkeit eine Verletzung

---

[1]) O.L.G. Köln 30. September 1908 Z. franz. Z.R. XXXV S. 36.

[2]) O.L.G. Stettin 6. März 1903, Mugdan VI S. 442.

der Persönlichkeit und des Persönlichkeitsrechts.[1]) Vorausgesetzt ist, daß die Staatstätigkeit die Zwecke des Einzelnen mit umfaßt; wo nur mittelbar der Einzelne dadurch berührt wird, daß in einem allgemein schlecht geführten Ganzen durch die Folgewirkung auch der Einzelne notleidet, ist von einer Haftung nicht die Rede. Darüber unten S. 530f. Ein Hauptfall der staatlichen Haftung liegt in § 12 Grundb.O. Im übrigen ist es den Landesgesetzen überlassen, zu bestimmen, ob der Staat mehr oder minder für die Tätigkeit seiner die öffentlich rechtlichen Staatsleistungen vollziehenden Organe einsteht, A. 77. Soweit allerdings die Behandlung des Staatsgutes (auch des öffentlichen) in Frage steht, ist die Haftung unbeschränkt und unbeschränkbar, § 89, so namentlich auch was die Haftung für die Pflege der öffentlichen Wege angeht (S. I S. 329f).[2])

Wo Reichsgesetze die Haftung des Staates beschränken, behält es dabei sein Bewenden. Das gilt namentlich vom Postgesetz und von der Telegraphenordnung.[3])

---

[1]) Dieses Persönlichkeitsrecht hat man zu einem Anspruch gegen den Staat auf die einzelne Staatstätigkeit machen wollen und dadurch ebenso den Anspruchsbegriff, als die Stellung des einzelnen zum Staat verkannt. Im übrigen habe ich dies anderwärts so ausführlich erörtert, daß ich nicht mehr darauf zurückzukommen brauche. Insbesondere ist es völlig verfehlt, wenn man glaubt, daß das Persönlichkeitsrecht nicht ausreicht und man die Sache ins öffentliche Recht rücken müsse. Daß man mich darum gar für einen Vertreter des absoluten Staats erklärt hat, entzieht sich der Widerlegung.

[2]) Was die Beleuchtung betrifft, vgl. O.L.G. Stettin, 4. Februar 1902, Mugdan IV S. 283; über das Streuen bei Glatteis, R.G. 23. Februar 1903, Seuffert 58 Nr. 233; über die Haftung für Brücken, R.G. 18. Mai 1903 Entsch. 55 S. 24; über Waldbrand R.G. 10. Oktober 1904 Z. franz. Z.R. XXXVI, S. 2; bezüglich der Hafenanlagen O.L.G. Zweibrücken 20. Januar 1904 Z. franz. Z.R. XXXVI S. 148. Im übrigen vgl. viele Entscheidungen bei Warneyer, Bürgerl. Gesetzb. 1905 zu § 823 IX und die Zitate in der erwähnten R.G. Entscheid. v. 23. Februar 1903; vgl. auch noch für das ältere Recht R.G. 18. April 1901 in Gruchot 45, S. 891.

[3]) Die Beschränkung der Haftung des Postgesetzes vom 28. Oktober 1871 bezieht sich auch auf den Fall, daß die Post Zustellungen besorgt, vgl. R.G. 1. März 1904, Z. franz. Z.R. XXXVI S. 21f. Auch andere Länder schließen die Haftung des Staates aus, z. B. bezüglich der Telegramme Frankreich im Gesetz v. 29. November 1850 usw.

Anderseits scheint es, als ob die staatliche Haftung für richterliche Tätigkeit durch die Gesetze über die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen und die Entschädigung der unschuldig Verhafteten (v. 20. Mai 1898 und 14. Juli 1904) reichsrechtlich gesteigert wäre. Allein diese Entschädigung gehört nicht in das Gebiet der Lehre vom Unrechtsverkehr; denn sie beruht nicht auf dem Gedanken der unerlaubten Handlungsweise, sondern auf der gesunden Erwägung, daß derjenige, der im öffentlichen Interesse die Freiheit unschuldigerweise einbüßen mußte, ebenso eine Entschädigung verdient, wie derjenige, dem man sein Eigentum wegnimmt: sie beruht also auf dem Enteignungsgedanken, der in ein anderes Gebiet einschlägt.[1])

Was vom Staate gilt, gilt auch von den anderen dem öffentlichen Dienst gewidmeten Gemeinwesen.

III. Eine solche Stellung hat aber nicht nur der Staat, sondern auch der Staatsbeamte kraft seiner Amtsbefugnis; diese ist eine Befugnis der Wirksamkeit innerhalb der Staatstätigkeit, damit aber auch gegenüber den Volksmitgliedern, die an der richtigen Staatsausübung beteiligt sind: soweit daher die unrichtige Staatsausübung in das Persönlichkeitsrecht und in die mit der Persönlichkeit verbundenen anderen Rechte eingreift, ist der Beamte verantwortlich. Wann aber ein solcher mittelbarer Eingriff vorliegt, ist nach den Grundsätzen zu behandeln, die unten S. 530f. zu entwickeln sind. Hierbei muß jedenfalls die Selbsttätigkeit der Volksmitglieder berücksichtigt werden, weshalb der § 254 eine gesteigerte Anwendung findet, sodaß

1. jede Haftung aufhört, wenn der Verletzte sich durch ein Rechtsmittel hätte helfen können und dies vernunftwidrig unterlassen hat; Rechtsmittel ist jede organisationsmäßige Anrufung eines höheren Beamten zur Berichtigung der Staatstätigkeit eines untergeordneten; sodaß

2. die Haftung für Fahrlässigkeit aufhört, wenn der Verletzte sich überhaupt hätte anderwärts zum Ersatz verhelfen können, § 839.

---

[1]) Vgl. darüber Aus Kultur und Leben S. 209.

IV. Hierher gehören alle Beamten, die eine Amtsbefugnis haben, namentlich Beamte der Vollstreckungsgewalt, Beamte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Polizei- und Strafbeamte; so der Gerichtsvollzieher, wenn er widerrechtlich pfändet, so der Versteigerungsrichter, wenn er zu früh den Termin schließt, so der Strafvollstreckungsbeamte, wenn er pflichtwidrig die Gefangenen schädigt, so der Notar und Gemeindebeamte, wenn er die Form des Testaments verfehlt u. a.[1]) Wie der handelnde Beamte, so ist der beaufsichtigende mit haftbar, wenn er es an der Aufsicht fehlen läßt, so namentlich der Vormundschaftsrichter, § 841 (vgl. auch § 1833).

V. Die Amtsbefugnis wird durch das Amt und durch die Amtsordnung geregelt; Anweisungen, die bloß für den inneren Dienst gelten, sind nicht maßgebend, außer sofern sie zugleich das Verhältnis des Staats zu den Volksmitgliedern beherrschen sollen, was dann anzunehmen ist, wenn sie die gesetzlichen Vorschriften näher bestimmen und durchführen. Beschränkt ist die Haftpflicht des richterlichen, auch des verwaltungsgerichtlichen Beamten, sofern es sich um ein Urteil, d. h. um die Entscheidung eines rechtlichen Streitpunktes handelt (im Gegensatz zu einer Zweckmäßigkeitsentschließung), in welcher Form auch immer die Entscheidung ergehe, sei es in der Form eines Urteils oder Beschlusses. Die Beschränkung besteht darin, daß die Haftung bloß im Falle einer kriminell strafbaren Handlung, z. B. der Bestechung und Rechtsbeugung, stattfindet; denn bei einer Rechtsentscheidung soll eine Überprüfung, welche die Tatsachen- und Rechtserwägung des Gerichts und damit seine freie, selbständige Gerichtstätigkeit in Frage stellen könnte, vermieden werden. Doch genügt, daß eine solche Tätigkeit strafrechtlich bedroht wird; nötig ist nicht, daß infolgedessen wirklich Bestrafung eingetreten ist. Die Beschränkung gilt nicht

1. im Falle der Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung;

2. sie gilt nicht im Fall der sonstigen richterlichen Tätigkeit oder im Fall richterlicher Unterlassung, sollten auch

---

[1]) Entscheidungen bei Warneyer B.G.B. § 839. Der Gerichtsvollzieher haftet also nicht als zivilrechtlich Beauftragter: dies ist unrichtige französische Ansicht, vgl. oben S. 346; unrichtig R.G. 11. Oktober 1901 J.W. XXX S. 788.

dieser gerichtlichen Betätigung rechtliche Erwägungen vorhergehen: das Handeln oder Lassen auf Grund einer Erwägung ist keine Entscheidung, auch nicht einmal, wie man gemeint hat, eine „latente".[1])

VI. Die Haftung für die Amtstätigkeit ist eine Haftung für unrichtiges Staatshandeln; wo die Haftung für unrichtiges Staatshandeln ausgeschlossen ist, muß, wenn nichts anders bestimmt, auch die Haftung des Beamten für Amtspflichtverletzung ausgeschlossen sein.

VII. Soweit der Staat für seine Beamten haftet, kann die Haftung des Beamten landesgesetzlich beschränkt oder aufgehoben werden, A. 77; dies ist beispielsweise für Grundbuchbeamte erfolgt im Preuß. Ausf.Ges. zur GrundbuchO. A. 8 (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit). Andererseits kann die Haftung der Beamten landesgesetzlich erhöht werden, namentlich auch in der Art, daß sie für ihre Gehilfen eintreten müssen, A. 78, 79 B.G.B.

ββ) Haftung privater Unternehmer.

§ 187.

I. Jeder Privatunternehmer haftet für Sorgfalt im Betrieb, soweit sein Unternehmen Dritte berührt; er haftet, sofern und soweit ihn die Verantwortlichkeit trifft, nach den oben entwickelten Regeln (S. 490f.).

II. Ganz besonders gelten solche Grundsätze bei den Besitzern von Grundeigentum, wenn sich darin die Volksmitglieder bewegen; so, wenn es sich um eine Gastwirtschaft, um ein Theater oder um ein ähnliches dem Volke eröffnetes Gebäude handelt. Hier ist der Unternehmer des Betriebs verpflichtet, das Grundstück so auszustatten, daß der Verkehr sich ohne Schaden vollziehen kann. Er haftet natürlich in dieser Beziehung auch für seine Leute nach Maßgabe der gewöhnlichen Grundsätze; allein er ist auch unmittelbar

---

[1]) So Pfändungsbeschluß und sonstige Beschlüsse im Vollstreckungsverfahren: sie sind keine den Urteilen gleichstehenden Entscheidungen, auch wenn sie auf Grund rechtlicher Erwägungen ergehen, O.L.G. Köln 8. Januar 1902, Mugdan IV S. 286; anders eine Entscheidung über die Pfändungsfähigkeit der Sache. Und ebenso verhält es sich mit der Verhaftung einer Person usw.

insoweit verantwortlich, als er die Einrichtungen richtig herstellen und überwachen soll.[1])

Natürlich gilt dies nur, soweit die Räumlichkeiten dem Volke geöffnet sind: wer in geheime, abgeschlossene Gebiete eindringt, wer nachts in dem dunklen, dem Volke nicht geöffneten Wirtschaftsgarten herumstreicht, hat keinen Schutz zu beanspruchen.[2])

In gleicher Weise besteht eine solche Haftung für Fabriken und Eisenbahneinrichtungen, nicht nur gegenüber den Arbeitern, für welche das Vertragsverhältnis maßgebend ist, sondern auch gegenüber der sonstigen Volksgesamtheit;[3]) in gleicher Weise für Baumpflanzungen, deren niederfallende Zweige die Vorübergehenden schädigen können.

III. Eine besondere Aufsichtspflicht obliegt aber

1. dem Eigenbesitzer von Gebäuden und dauernden oder vorübergehenden Bauvorrichtungen (Werken)[4]) und dem damit baulich Verbundenen; ein solcher haftet, wenn sich infolge mangelhafter Aufsicht Teile des Baues[5]) loslösen und Schaden an Personen oder Sachen anrichten, sei es, daß diese durch losgelöste Teile getroffen werden, sei es daß infolge der Loslösung Personen oder Sachen herabstürzen.[6]) Die Besonderheit ist hier,

a) daß die Haftung mitunter den Eigenbesitz überdauert: der Eigenbesitzer haftet nämlich in vollem Maße, wenn der Schaden während seines Eigenbesitzes entsteht, er haftet aber auch noch nachträglich innerhalb eines Jahres aushilfsweise, dann nämlich, wenn Mängel vorliegen, die auch dem sorgfältigen Nachfolger nicht bekannt wurden oder deren Ent-

---

[1]) Vgl. Kolmar 24. Oktober 1904, Z. franz. Ziv.R. XXXIV S. 230, Kiel 27. Juli 1902, Mugdan V, S. 373, und bezüglich der Gasthöfe R.G. 4. Juli 1904, J.W. XXXIII S. 386, 11. November 1904 J.Z. X S. 122, O.L.G. Rostock, 28. September 1903, Mugdan IX, S. 38.

[2]) O.L.G. Bamberg 18. März 1904, Seuffert 59 Nr. 204.

[3]) R.G. 14. Januar 1902, Gruchot 46, S. 373 und weitere Entscheidungen bei Warneyer B.G.B. zu § 823 XIV.

[4]) Wozu auch Wälle und Sandkippen gehören, die einem dauernden Zweck dienen, 9. Februar 1904, Mugdan IX S. 46.

[5]) Dachaufsatz, R.G. 4. Januar 1904, J.W. XXXIII S. 91. So auch eine Wetterfahne u. dgl.

[6]) R.G. 6. Oktober 1902 Entsch. 52 S. 236. Auch das Verbreiten von Sand kann hierher gehören, Kiel, 9. Februar 1904, Mugdan IX S. 46.

fernung diesem nicht möglich war, § 836; Zahlungsunfähigkeit des Nachfolgers hingegen belastet den Vorgänger nicht. Eigenbesitzer ist der Eigenbesitzer des Baues, ohne Rücksicht darauf, ob er auch Grundstücksbesitzer ist, § 837.

Die Aufsichtspflicht wird erfüllt, wenn Bau, Einrichtung, Überwachung einem sachkundigen, zuverlässigen Mann überlassen worden ist.[1])

Die eine Besonderheit dieses Falles ist die geschilderte Fortdauer der Haftung; die andere ist

b) die Erstreckung der Haftung auf jeden, der vertragsmäßig die Unterhaltung der Sache übernimmt oder die Unterhaltung kraft seines Nutzungsrechts zu leisten hat, z. B. der Nießbraucher, der Pächter nach § 532; auch hier entscheidet aber das tatsächliche Nießbrauchs- oder Pachtverhältnis, ohne Rücksicht auf seine rechtliche Gültigkeit, § 838. Die Haftung der mehreren ist eine samtverbindliche, der Rückgriff geht gegen den, der die Unterhaltung auf sich genommen hat (b).

Andererseits ist, wie bereits oben bemerkt, die eigentliche Bauhaftung auf Tötung, Körperverletzung, Sachbeschädigung beschränkt.

Sodann hat

2. der Träger einer Arbeitsgemeinschaft, die unter seiner Leitung nach außen wirkt, eine Aufsichts-, Auswahl- und Beschaffungspflicht:

a) eine Aufsichtspflicht, sofern er die Arbeit zu leiten, zu überwachen und die nötigen Anordnungen zu treffen hat; was sich für jeden Geschäftsbetrieb aus den Umständen ergibt, namentlich auch inwiefern der Geschäftsherr die Leitung von Einzelheiten mit Fug seinen Aufsehern überlassen kann;[2])

b) eine Auswahlpflicht, sofern er solche Personen zu wählen hat, von welchen eine die Volksmitglieder nicht gefährdende Art der Tätigkeit zu erwarten steht;

c) eine Beschaffungspflicht, sofern er Vorrichtungen und Gerätschaften richtig zu beschaffen, insbesondere auch die zur Sicherung der Volksmitglieder nötigen Einrichtungen herzustellen hat, § 831. Ihm obliegen diese Pflichten bezüglich

[1]) O.L.G. Hamburg 28. März 1904, Mugdan IX S. 47, Dresden 27. Januar 1902, Mugdan IV S. 281.

[2]) R.G. 4. Dezember 1902, Entsch. 53 S. 123.

aller Personen, welche als seine Ersatzleute oder Hilfspersonen tätig sind, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese Personen an sich verantwortlich sind oder nicht: denn gerade die unverantwortlichen hat er besonders zu beaufsichtigen. Ein solches Arbeitsganzes liegt jedoch dann nicht vor, wenn jemand nicht mit einem Herrschaftsverhältnis auftritt, welches die Lenkung und Leitung der einzelnen Tätigkeiten umfaßt, sondern sein Werk einem Unternehmer aufträgt: in diesem Falle ist der Unternehmer der Herr des Werkes, und der Besteller steht zu ihm nicht in einem Herrschafts-, sondern in einem schuldrechtlichen Gläubigerverhältnis; in diesem Falle gilt also § 831 nicht.[1])

Es ergibt sich daraus Folgendes:

α) Je größer die Gefahr, je verantwortlicher der Betrieb, desto strenger ist es mit diesen Pflichten zu nehmen[2]), so namentlich auch, was die Kenntnis der Polizeibestimmungen betrifft.[3])

β) Je mehr der Geschäftsherr statt der eigenen Lenkung im einzelnen die Betriebsleitung seinen Leuten überläßt, umsomehr haftet er für ihre sorgfältige Auswahl.

Maßgebend ist auch hier die Wirtschaft, von der die Einwirkung ausgeht. Wird daher das Dienstverhältnis bei dem einen Herrn begonnen, aber bei dem anderen fortgesetzt, wie z. B. wenn ein Handelshaus übertragen wird und die Angestellten auf den neuen Erwerber übergehen, dann trägt von nun an nur der neue Erwerber die Haftung, und der frühere kann auch nicht wegen mangelnder Auswahl der Personen in Anspruch genommen werden; denn von diesem Augenblick an steht ihm keine Verfügung mehr zu, und er kann nicht etwa, wie wenn er noch der Dienstherr wäre, einem Gehilfen, von dessen Ungeeignetheit er sich überzeugt hat, aus dem Dienst entfernen. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Dienstherr in Konkurs fällt, und das Dienstverhältnis auf die Gläubigerschaft im Konkurs übergeht: die Haftung trifft nun die Beschlagsgemeinschaft.

Außerdem hat,

---

[1]) Über die Frage, ob jemand Organ einer juristischen Person (und nach § 31) oder Hilfsperson (und nach § 831 zu behandeln) ist, vgl. I S. 335. Weitere Entsch. bei Warneyer B.G.B. zu § 831 III.

[2]) Vgl. R.G. 28. Juni 1904 J.W. XXXIII S. 471 (Kutscher).

[3]) R.G. 21. September 1903, Jur.Z. VIII S. 502.

3. wer durch Vertrag für ein fremdes Geschäft die Auswahl, Leitung, Beschaffung übernimmt, eine Aufsichts-, Auswahl-, Beschaffungspflicht, § 831 Abs. 2. Ebenso kann

4. eine Aufsichtspflicht bestehen

a) über gebrechliche oder unentwickelte Personen, welche kraft ihrer Halbvernunft oder infolge körperlicher Eigenschaften eine Gefahr für andere darstellen (S. 489). Diese Aufsichtspflicht kann begründet werden durch Gesetz oder durch Vertrag, natürlich durch einen Vertrag mit der Person selbst oder mit ihrem Vertreter, auch mit einem für sie handelnden Helfer. Daß dabei ein schuldhaftes Verhalten der beaufsichtigten Person nicht in Betracht kommt, ergibt sich von selbst: die Aufsicht soll eben auch die mangelnde Vernunft ergänzen. Die einzelnen Aufsichtsmaßnahmen ergeben sich aus der Besonderheit der Person, der Besonderheit des Falles und dem Gebrauch des Lebens,[1]) § 832.

Endlich kann

b) eine Aufsichtspflicht über ein Tier übernommen werden durch Vertrag mit dem Tierhalter oder mit einem anderen, der die Sorge des Tieres auf sich genommen hat, also auch mit einem Helfer, § 834.

IV. Hier überall (1—4) gilt der Satz:

1. die Haftung tritt ein kraft des tatsächlichen Verhältnisses ohne Rücksicht auf Gültigkeit, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit des zu Grunde liegenden Vertrags, sofern nur der Übernehmende verantwortungsfähig ist (S. 510);

2. sie tritt ein, auch wenn die Übernahme eine schenkweise war oder bei der Übernahme eine geringere Haftung übernommen wurde: derartige Beschränkungen wirken nicht gegenüber der Volksgesamtheit.

4. Objekte des Unrechtsverkehrs.

a) Allgemeines.

§ 188.

Der Widerspruch mit der Rechtsordnung, welcher den Unrechtsverkehr kennzeichnet, kann stattfinden,

---

[1]) O.L.G. Zweibrücken 9. April 1902, Seuffert 57 No. 216, Kolmar 18. Oktober 1901 Els. Lothr. 27, S. 16 (geht zu weit), R.G. 13. März 1902, Gruchot 46 S. 949.

1. kraft der Rechtswidrigkeit, sofern unmittelbar oder mittelbar in ein subjektives Recht eingegriffen wird;

2. kraft der Kulturwidrigkeit, d. h. kraft des Eingriffs in sonstige Kulturbestrebungen: dieser erfolgt durch Sittenwidrigkeit, d. h. durch Verstoß gegen die Sittlichkeit, welche der Gesellschaft eine Fülle von Kulturgütern wahren soll.

Daraus ergibt sich der Unterschied zwischen Rechtsverletzungen und Kulturverletzungen.

b) Rechtsverletzungen.

α) Allgemeines.

§ 189.

I. Die Verletzung eines subjektiven Rechtes kann durch Handlung und Unterlassung geschehen, und zwar durch unmittelbare oder mittelbare Handlung, durch mittelbare Handlung in der Art, daß man eine Gefahr herbeiführt, welcher das Rechtsgut unterliegen kann, und welcher es im einzelnen Fall unterliegt, § 823. Aber nicht jede Herbeiführung einer Gefahr ist schon eine Verletzung, auch wenn infolge solcher Gefährdung eine Schädigung des Rechtsgutes eintritt, sondern nur eine solche gefährdende Handlung, welche gegen die Rücksichten verstößt, die uns das Gesellschaftsleben auferlegt. Wir alle vollziehen sehr häufig gefährliche Handlungen, ohne daß uns deshalb eine Verantwortung treffen könnte, z. B. ein jeder, der einen Wagen lenkt, ein jeder, der reitet, ja selbst das Gehen auf der Straße kann unter Umständen Personen oder Sachen gefährden.[1])

II. Bleibt man innerhalb der Rücksichten, welche der Lebensverkehr dem einzelnen auferlegt, so ist regelmäßig eine Verantwortung nicht gegeben; hierbei muß allerdings bemerkt werden, daß diese Rücksichten je nach dem augenblicklichen Zusammentreffen der Dinge sich ändern können. So hat ein jeder, der fährt, besondere Rücksichten zu tragen, wenn ihm ein

---

[1]) So auch das Schiffahren, auch die Befestigung eines Schiffes, das, weggerissen, andere schädigen kann, Entscheidungen bei Warneyer, B.G.B. zu § 823 XV. So das Radfahren, Entsch. ebenda XVIII. Bezüglich der Kraftwagen ist die Entsch. des RG., 28. März 1904, Z. f. Els.-Lothr. XXIX S. 552 besonders bedeutsam: hier wäre eine strengere Unternehmerhaftung angemessen; einstweilen legen die Gerichte die vorhandenen Bestimmungen scharf aus.

anderes Gefährt begegnet, oder wenn Personen auf der Straße gehen, die er niederfahren könnte.[1]) Auch sind die Rücksichten verschieden, die man den jeweiligen Personen zu tragen hat: ich habe die Pflicht, meine Treppe zu beleuchten, solange regelmäßig Personen aus und ein gehen, ich bin auch verpflichtet, für Licht zu sorgen, soweit dienende Personen die Räume benutzen müssen und andernfalls zu Schaden kommen können; dagegen besteht für mich keine Verantwortung, wenn infolge der Unterlassung der Treppenbeleuchtung ein Dieb verunglückt, oder wenn er in meinem Keller, in den er sich eingeschlichen hat, durch die schlechte Luft erstickt.

In allen diesen Beziehungen tritt eine Verschärfung ein, wenn die Absicht der Verletzung vorliegt und die Rücksichtswidrigkeit so gestaltet ist, daß eine Verletzung fremder Rechtsgüter mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten steht. Ich wäre z. B. verantwortlich, wenn ich durch derartige Unterlassung den Tod eines Diebes absichtlich herbeiführte (sofern ich nicht aus Gründen der Notwehr usw. entschuldigt bin).

Nach diesen Regeln ist auch zu beurteilen, ob es z. B. ein Widerrecht ist, wenn jemand den Tod eines fremden Tieres verursacht: solches kann der Fall sein, wenn er gerade zu diesem Zwecke Gift legt oder sonst Veranstaltungen trifft, die den Tod herbeiführen; wenn aber beispielsweise jemand eine Zuckerfabrik in der Nähe von Bienen hält und infolgedessen die Bienen, die vom Zucker naschen, vollständig verdorben werden, so hat er dafür nicht zu haften: das zweite ist in den Lebensgebräuchen der Gesellschaft begründet, das erste nicht. Und der gleiche Grundsatz gilt, wenn jemand einen Acker besitzt, von dem aus sich Wucherpflanzen über die Nachbarschaft verbreiten: auch hier sind die gesellschaftlichen Gepflogenheiten entscheidend; oder wenn jemand einen Telegraphendraht zieht, welcher die Luftbahn von Bienen streift, so daß die Bienen daran zu Grunde gehen.

III. Gegenüber den Geboten dieser Rücksicht kann man sich nicht auf die Befugnis berufen, sein Eigentum beliebig zu benutzen; auch nicht auf die Befugnis, auf öffentlicher Straße

[1]) Bedient sich dabei jemand eines Arbeitsorganismus, so genügt er seiner Haftung, wenn er die oben bezeichnete Leitungs-, Aufsichts-, Beschaffungs-, Auswahlpflicht erfüllt.

zu gehen, zu fahren oder zu reiten. Selbst wenn sich beispielsweise in einem Schiff ein fremder Mensch eingeschlichen hätte, wäre man trotz des Eigentums nicht befugt, ihn ohne weiteres in das Meer zu werfen; und auch wenn sich jemand absichtlich vor den Wagen legte, so wäre man nicht befugt, ihn ohne weiteres zu überfahren.

IV. Die Rechte sind entweder unmittelbar geschützt oder mittelbar, durch Schutzgesetze.

β) Unmittelbar geschützte Rechte.

αα) Persönlichkeitsverletzungen.

§ 190.

I. Zu den Rechten gehört vor allem das Recht der Persönlichkeit, das sich kundgibt im Schutz der Person überhaupt, namentlich auch im Schutz von Leben, Körper (Gesundheit) und Freiheit, aber auch von Ehre und Geschlechtsreinheit[1])

II. Die Tötung erzeugt ein Recht des Getöteten insofern, als den Tötenden die sonst regelmäßig auf dem Erben ruhende Beerdigungspflicht trifft (§§ 844, 1968, 1615, 1713); im übrigen entsteht aus der Tötung ein Ersatzrecht dritter Personen, von dem bereits die Rede gewesen ist, S. 124, 483.

Verletzung des Körpers (der Gesundheit) erzeugt ein Entschädigungsrecht in der oben (S. 123, 481) bezeichneten Weise.

III. Schon aus allgemeinen Grundsätzen ist die Ehre einer Person geschützt, insbesondere gegen Anschwärzung durch üble Nachrede, d. h. durch Verbreitung solcher Gerüchte, welche die Person als eine weniger ehrenhafte darstellen. Die Verletzung kann, wie alle Verletzungen des § 823, vorsätzlich und fahrlässig erfolgen, z. B. dadurch, daß jemand, ohne es zu wissen, aber in verschuldeter Weise verleumderische Schriften über jemanden verbreitet. Nötig ist allerdings das eine, daß der Verbreiter den verletzenden Charakter einer Behauptung kennt; denn wenn dieses fehlt, dann fehlt das

---

[1]) Völlig unrichtig R.G. 29. Mai 1902 Entsch. 51 S. 369, völlig unrichtig die Theorie, welche keine Persönlichkeitsrechte annimmt. Ob man die Worte des Gesetzes § 823 („oder ein sonstiges Recht") im einen oder anderen Sinne auslegt, kommt wenig in Betracht. Wir Rechtsforscher sind doch etwas Höheres, als bloße Ausleger des Gesetzes! Dessen sind sich aber nicht alle Rechtsgelehrte bewußt!

Bewußtsein, daß die Behauptung sich überhaupt auf die Ehre der Person bezieht, und dann liegt ein missetatausschließender Mangel vor: der Täter hat nicht erkannt, daß hier eine Einlaßstelle ist, wo die Person verletzt werden kann. Kennt aber jemand den verletzenden Charakter, und weiß er, daß hier die Persönlichkeit einen schwachen Punkt hat, in dem sie angreifbar ist, dann ist der Verbreiter der Nachricht haftbar, auch wenn er sie für wahr hielt, vorausgesetzt daß er in bezug auf die Frage der Wahrheit in Verschulden war und fahrlässig gehandelt hat. Anders nur, wenn er in berechtigtem Interesse handelte, sei es seiner selbst oder dessen, der die Mitteilung erfuhr, sei es auch der Öffentlichkeit: dann haftet er nur im Falle der bewußten Unrichtigkeit: der Möglichkeit der Selbsttäuschung steht hier das Gebot des Interesses gegenüber, wodurch die in der Selbsttäuschung liegende Schuld ausgeglichen wird.

Auch wenn die Behauptungen wahr sind, kann unter Umständen eine rücksichtslose oder gesellschaftswidrige Art der Verbreitung die Persönlichkeit verletzen. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn jemand ergangene richterliche Urteile veröffentlicht, denn dazu muß er als berechtigt gelten; wohl aber dann, wenn er die Veröffentlichung in auffälliger Weise wiederholt, sie an unmaßgeblichen Orten vornimmt, oder wenn er durch bedenkliche Zwischenbemerkungen und ähnliche Maßnahmen Vorstellungen erweckt, welche das Unrecht ins Unbestimmte hinein vergrößern.

Schon ein bestimmtes Warnen, Abraten der Volksgemeinschaft, ein ständiger Hinweis auf gewisse Tatsachen kann dazu beitragen, den Schlagschatten zu verschärfen und ins Unendliche zu verbreitern.[1]) Dies gilt auch von der Art, wie der Ehemann der Öffentlichkeit kundgibt, daß er der Ehefrau die Schlüsselgewalt entzogen habe („nicht mehr für ihre Schulden haften wolle.")[2])

Aus dem Gesagten ergibt sich der Grund, warum in § 824 die Ehrverletzung näher geregelt ist; denn es handelt sich hier um verschiedene, sonst zweifelhafte Fragen, namentlich

---

[1]) Vgl. R.G. 30. November 1903, Seuffert 59 Nr. 103.

[2]) R.G. 9. Januar 1905 Z. franz. C.R. XXXVI S 129.

um die Frage des berechtigten Interesses und die Frage nach dem Beweis der Wahrheit, welche Fragen im Strafrecht viel bestritten sind, sodaß eine Entscheidung im B.G.B. als nötig erscheinen mußte.

IV. Eine solche Bestimmung war aber noch um deswillen erforderlich, weil der § 824 mit Recht weit über das Gebiet der Ehre hinausgeht. Die Persönlichkeit hat nicht nur in der Ehre eine Einlaßstelle, wo sie durch Nachrichten an Dritte angegriffen werden kann, sondern auch in anderen Seiten ihrer Betätigung.[1]) Natürlich gehört in erster Reihe alles hierher, was die Vermögenstüchtigkeit betrifft; aber nicht dieses allein. So kann beispielsweise jemand dadurch schweren Schaden erleiden, daß ein anderer ihn als krank und infolgedessen als leistungsunfähig darstellt oder als andersgläubig oder als Vertreter einer besonderen politischen Partei oder als Ausländer oder als von bestimmter Rasse stammend: in allen diesen Beziehungen gibt es im Leben viele Verhältnisse, wo eine falsche Meinung jemanden schwer schädigen und ihn um sein Fortkommen und seine Anstellung bringen kann. Wer nun derartige Dinge unrichtig behauptet, vergeht sich gleichfalls gegen die Persönlichkeit und ist haftbar. Notwendig ist aber auch hier, daß er den Zusammenhang zwischen einer solchen Tatsache und den Verhältnissen der Persönlichkeit kennt, sodaß er weiß, daß ihm solches schaden kann: wenn jemand sonst allgemein von einem anderen als Katholiken, Protestanten, Juden, Deutsch-Freisinnigen usw. spricht, so kann dies niemals eine Verantwortlichkeit herbeiführen. Ebenso kann es einem Arzte schaden, wenn man ihn als Arzt mit Naturheilverfahren bezeichnet; aber auch hier muß der Verbreiter, wenn er haften soll, wissen, daß eine Einlaßstelle vorhanden ist, wo die Persönlichkeit geschädigt werden kann: das bloße Wissenmüssen genügt nicht.[2]) Ist aber solches der Fall, dann kann wiederum die Tätigkeit eine vorsätzliche oder eine fahrlässige sein, insbesondere was die Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsache angeht; ganz nach dem oben Angeführten.

---

[1]) Archiv f. Strafrecht 47 S. 150.

[2]) Daß aber in jedem Fall für die Zukunft auf Ablassung geklagt werden kann, ergibt sich aus dem Persönlichkeitsrecht von selbst. Vgl. R.G. 3. März 1904 Entsch. 57 S. 157.

Ähnlich verhält es sich, wenn ein Dritter mit Unrecht als der Verwandte oder Verlobte einer Person bezeichnet wird, namentlich wenn aus der Gleichnamigkeit unberechtigte Schlüsse gezogen werden.[1])

Dazu gehört auch die Verletzung der Person durch Mißbrauch des Eigenbildes und durch Aufführung im Theater. Was das Eigenbild betrifft, so ist auf das öfters Entwickelte zu verweisen: die öffentliche Wiedergabe des menschlichen Bildes ist an sich gestattet, sie ist aber unstatthaft, wenn sie in gesellschaftswidriger, kränkender oder herabsetzender Weise erfolgt;[2]) die Wiedergabe einer Person als Theaterfigur aber ist, wenn die Person nicht auf vollster geschichtlicher Höhe steht und daher kraft ihres geschichtlichen Interesses allen Kleinsinn niederschlägt, ein Unterfangen, welches die Person in das Komische zieht und, mag die Theaterfigur gestaltet sein, wie sie will, ihr einen gewissen komödiantenhaften Schein anheftet.[3]) Dahin gehört ferner der Mißbrauch des Namens einer Person in Romanen, Drama u.s.w., wodurch auf die Person hingedeutet und diese in mehr oder weniger empfehlender Weise an die Öffentlichkeit gezerrt würde.[4])

Es gehört endlich hierher die Verletzung der Persönlichkeit durch Chikanehandeln, § 226, worüber im Persönlichkeitsrecht zu sprechen ist. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn jemand seinen Mitmenschen, nur um ihn zu plagen, jede Nacht 11 Uhr mit einem Telegramm heimsuchte.

V. Die Verletzung der Freiheit kann eine Verletzung der Bewegungs- und eine Verletzung der Handlungsfreiheit sein (Freiheitsberaubung, Nötigung). Letztere liegt selbst dann vor, wenn jemand zu einer an sich geschuldeten Leistung gezwungen wird, z. B. zu einer Erfüllung: er hat in solchem Fall die Befugnis, Schadenersatz in Gestalt der Rückzahlung

---

[1]) O.L.G. Dresden 19. Okt. 1900, Mugdan II S. 482. Vgl. auch den Fall Dombrowski (man vergleichheitlichte jemanden mit dem Kommunarden dieses Namens) in meinem Autorrecht S. 180f.

[2]) Eigenbild im Recht (1903) S. 17.

[3]) Vgl. Hamburg, 7. Februar 1903, J.Z. IX S. 80.

[4]) Arch. f. bürgerl. Recht V S. 83f. Notwendig ist aber eine sonderpersönliche Beziehung; der Namengleichklang würde nicht genügen. Vgl. Arch. f. b. R. XXVII S. 196 (Humorname).



Abhängigkeitsverhältnis der Frau, sondern auch ein solches anderer Personen, z. B. ihres Vaters in Betracht kommen, das für die Frau bestimmend ist; Abhängigkeitsverhältnis aber ist ein (wenn auch nur tatsächliches) Verhältnis, kraft dessen jemand von einem anderen seine wesentlichen Daseinsbedingungen bezieht; eine bloße wirtschaftliche Überlegenheit genügt nicht. Da übrigens eine Drohung zugleich eine Freiheitsverletzung enthält, so wirken hier beide Gesichtspunkte (zu V und VI) zusammen, was praktisch deshalb in Betracht kommt, weil der Grad der Drohung nicht immer genau festzusetzen ist und die Drohung unmerklich in sonstige Beeinflussung übergehen kann.

VII. Eine Reihe von Persönlichkeitsrechten hängt mit der vermögensrechtlichen Betätigung der Person zusammen; dahin gehört

1. das Gewerberecht, nicht in dem Sinn, daß jeder ein Gewerbe treiben kann, sondern in dem Sinne, daß der Betrieb des Gewerbes ein Anrecht gibt auf Schutz gegen Störung.[1])

Ein Eingriff in diese Art des Persönlichkeitsrechts liegt

a) im unlauteren Wettbewerb, denn jeder Gewerbetreibende muß sich zwar einen Wettbewerb gefallen lassen, aber er kann verlangen, daß sich der Wettbewerb in den Schranken der Ehrlichkeit bewegt und sich von Maßnahmen fern hält, welche der anständige Betrieb verwirft. Unlauterer Wettbewerb sind insbesondere alle täuschenden Maßregeln, wodurch jemand seine Erzeugnisse als die eines anderen erscheinen läßt; unlauterer Wettbewerb ist die unlautere Anpreisung, indem jemand zum Zweck des Wettbewerbs falsche Tatsachen behauptet, welche seinem Geschäft einen ganz besonderen Vorzug geben sollen, namentlich auch das Vorspiegeln von Medaillen, Ehrenzeichen, Empfehlungen aller Art. Unlauterer Wettbewerb sind aber auch alle täuschenden Maßnahmen, wodurch jemand die Leute von anderen fernhält und das Geschäft mit anderen zu unterbinden sucht; wie z. B. wenn er den Zugang zu dem anderen Geschäft verhindert oder Dinge ausstreut, welche die Leute veranlassen, die Örtlichkeiten des anderen Ge-

---

[1]) Hierüber Enzyklop. I S. 593 f.

werbes zu vermeiden. Ein Eingriff in das Gewerberecht ist aber auch

b) die Drohung mit der Verfolgung wegen angeblichen Patent- und Musterschutzes;[1]) hierbei ist zu bemerken, daß die Erwirkung eines Patent- und Musterschutzes, auch wenn sich nachträglich die Berechtigung als scheinhaft ergibt, nicht als Eingriff in fremde Gewerberechte zu betrachten ist: denn einerseits muß man jedem anstandslos den Versuch gestatten, sich einen Gedankenschutz zu erwerben, andererseits sind Mittel gegeben, wodurch es Dritten ermöglicht ist, den etwaigen Schein zu zerstören; anders verhält es sich aber, wenn ein auf solche Weise Geschützter diesen Schutz unter Androhung der Verfolgung gegen andere geltend macht. Viele Patentgesetze haben in dieser Beziehung besondere Bestimmungen; bei uns gelten die Normen des unlauteren Wettbewerbs.[2])

Ein Eingriff in das Gewerberecht liegt

c) in der Anschwärzung, sofern jemand aussprengt, daß im Gewerbebetrieb eines Anderen Dinge vorkommen, welche Leute veranlassen können, die Erzeugnisse des Gewerbes zurückzuweisen oder am Gewerbe sich nicht als Arbeiter oder Geldgeber zu beteiligen, § 824 B.G.B.;[3]) sofern eine derartige Mitteilung zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgt, gilt auch § 6 Wettbew.Ges.: hier ist die Bestimmung insofern verschärft, als der Täter, falls kein rechtliches Interesse vorliegt, auch dann haftet, wenn er bezüglich der Wahrheit oder Nichtwahrheit der Tatsache nicht im Verschulden war.

Ein Eingriff in das Gewerberecht kann

d) liegen im Boykott, in der Verrufserklärung und vor allem in den Maßregeln, wodurch jemand nicht etwa bloß von der Benutzung gewisser Vorrechte ausgeschlossen, sondern ihm der Gewerbebetrieb überhaupt unmöglich gemacht werden soll. In dieser Beziehung ist auf das, was früher (S. 101) über unsittliche Verträge ausgeführt worden ist, zu verweisen.

Ein Eingriff in die Persönlichkeit liegt

---

[1]) R.G. 27. Februar 1904, Entsch. 58 S. 24.

[2]) O.L.G. Karlsruhe 26. Januar 1905 Bad. Rechtsprax. 71 S. 225.

[3]) R.G. 21. Oktober 1904, Jur.Z. IX S. 1185.

2. auch im Verrat von Gewerbe- und Betriebsgeheimnissen, im Verrat von Berufsgeheimnissen, aber auch im Verrat höchsteigener Anvertrauungen, die jemandem gemacht werden, der die Tragweite dieses Vertrauens erfaßt:[1]) denn auch hier ist eine Einlaßstelle gegeben, von der aus auf die Person gewirkt wird; weshalb schon eine fahrlässige Kundgebung zur Haftung führt, sofern der Täter die Trageweite des Geheimnisses kennt.[2])

VIII. Weitere Angriffe gegen das Persönlichkeitsrecht in seiner wirtschaftlichen Betätigung liegen:

1. in dem unbefugten Eingriff durch Zwangsvollstreckung; einige Fälle bewegen sich in der Klasse der unbedingten Haftung (oben S. 494), andere Fälle setzen Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus; so wenn der Gläubiger, obgleich er befriedigt ist, weiter pfänden läßt, so in den Fällen eines nichtigen Vollstreckungstitels oder sonstiger Unzulässigkeit;[3])

2. in dem unbefugten Eingriff durch eine dem wirklichen Willen des Vermögensinhabers widersprechenden Menschenhilfe, sofern dieser Widerspruch nicht durch höhere Interessen gedeckt wird (oben S. 452), §§ 678, 679, 687;

3. vor allem aber darin, daß man jemanden durch arglistige Täuschung umnachtet, ihn durch Irrtum umstrickt und ihn dadurch fremden Absichten dienstbar macht. Daher kommt der Betrug nicht nur insofern in Betracht, als er sich als strafrechtlicher Betrug darstellt, sondern auch wenn die Vermögensverletzung eine nur relative, eigenpersönliche ist, auch wenn die Täuschung nur ein falsches Vorbringen, keine falsche Vorspiegelung ist, auch wenn die Mißleitung des Anderen nur

---

[1]) Man denke, daß jemand, dessen Nichtübertritt die Bedingung einer Zuwendung ist, im Geheimen übergetreten ist und ein Freund, dem es im Vertrauen mitgeteilt wurde, plaudert.

[2]) Über die Bedeutung im Erfinderrecht vgl. Handbuch des Erfinderrechts S. 249f. Im übrigen ist von der Verletzung des Geheimnisrechts anderwärts zu handeln, namentlich auch was die Geheimnisverletzung nach Ablauf der Dienstzeit betrifft; vgl. auch R.G. 11. März 1904 Jur.Z. IX S. 558. Über Verrat der von einem Auskunftsbureau mitgeteilten Vertrauenstatsachen vgl. O.L.G. Jena 12. November 1900, Mugdan II S. 3. Vgl. auch Recht an Briefen S. 14f. Ein Prozeß über Brieferbrechung findet sich bereits im Lübeck. Urk. b. VIII nr. 514 p. 561 v. 19. Mai 1448: der Beklagte wurde, weil er die Tat abschwor, freigesprochen.

[3]) Vgl. Kolmar 2. Februar 1904, Mugdan IX S. 89.

einen Vorteil zu bieten — in welchen Fällen kein strafrechtlicher Betrug vorliegt.[1]) Allerdings muß auch hier die Verletzung eine arglistige sein, denn nur dadurch erhält das Tun eine Spitze gegen die Person.

In Betracht kommt insbesondere

a) der Betrug unter Vertragsgenossen: der Betrogene kann hier natürlich anfechten nach § 123, er kann aber auch bei dem Vertrag stehen bleiben und Schadenersatz verlangen, dies namentlich auch im Fall des arglistigen Verschweigens,[2]) §§ 463, 476, 479, 523, 524, 600.

Auch arglistiger Vertragsantrag kann schadenersatzpflichtig machen, selbst wenn der Antrag nicht angenommen wird, sofern der infolge der Antragsgebundenheit auf den redlichen Vertragsschluß bauende Gegner für die Zukunft kostspielige Vorkehrungen getroffen, dann aber noch rechtzeitig wegen Kenntnis der Arglist den Antrag abgelehnt hat. Man denke sich insbesondere den Fall, daß der Antrag eines Grundstückübertragungsversprechens mit einer längeren Annahmefrist notariell gestellt worden ist, der Gegner mit Rücksicht darauf bedeutende Aufwendungen machte und nun doch, nachdem er die Arglist erkannt hat, den Antrag zurückweist. In diesem Falle hat er ein Anrecht, nicht auf das, was er hätte, wenn der Vertrag vorteilhaft zu Stande gekommen wäre, wohl aber auf das, was er hätte, wenn ihm der Antrag nicht gemacht worden wäre.

Dem steht der Fall eines arglistigen Kaufes gleich, der wegen Formmangels nichtig ist, der aber zu dem Zwecke abgeschlossen wurde, um den Erwerber zu baulichen Aufwendungen zu veranlassen und dann die Nichtigkeit zur Geltung zu bringen. Hier würde auch eine nachfolgende Arglist genügen.[3])

Dem stehen endlich arglistige Unterhandlungen gleich, die gepflogen werden, damit dem anderen Teil unterdessen die Gelegenheit eines besseren Angebots entgehe.[4])

---

[1]) Über den Unterschied zwischen zivil- und strafrechtlichem Betrug vgl. mein Treu und Glaube im Verkehr S. 21f.

[2]) R.G. 23. Januar 1904 J.W. XXXIII S. 140.

[3]) Vgl. R.G. 16. Januar 1904 Jur.W. XXXIII S. 139.

[4]) O.L.G. Kolmar 2. Dezember 1902 Z. f. Els. Lothr. XXVIII S. 622, 625f.

In Betracht kommt

b) die arglistige Auskunftserteilung; sie ist dann ein Eingriff in die Persönlichkeit, wenn die Auskunft unter Umständen gegeben wird, in welchen unser Lebensverkehr das Streben nach Wahrheit zur Pflicht macht; nicht also dann, wenn jemand durch die Auskunft lediglich einen Fürwitzigen zurückhält, der sich in seine Angelegenheiten einschleichen will, oder wenn sich jemand hierdurch aus einer Gefahr zu retten sucht: in allen anderen Fällen ist man durch die Gesetze der Menschenhilfe zwar nicht verpflichtet, Auskunft zu erteilen, auch nicht, bei der Auskunft sich besondere Mühe zu geben, wohl aber, den anderen nicht vorsätzlich zu täuschen, unter Umständen, wo man annehmen kann, daß die Täuschung ihm Schaden bereitet.[1]) Vor allem kommt die falsche Auskunft über Vermögenslage[2]) und über Personengleichheit in Betracht.[3])

Bisweilen ist sogar ein Stillschweigen als falsche Auskunft zu betrachten, wenn nämlich die Umstände so sprechen, daß eine Gegenrede geboten ist; z. B. wenn jemand sieht, daß ein mit seinem Namen unterzeichneter falscher Wechsel sich in der Hand eines anderen befindet: in diesem Falle wird es seine Pflicht sein, auch aus eigener Anregung die Fälschung der Unterschrift kund zu geben, sofern nicht ganz gewichtige Gründe entgegensprechen, z. B. wenn es sich darum handelt, einen Bekannten oder Verwandten zu schonen, der die falsche Unterschrift gegeben hat, oder wenn zwischen beiden Teilen jeder Verkehr aufgehoben ist.[4])

Die falsche Auskunft ist besonders fluchwürdig, wenn die Organe einer juristische Person, welche eine Klärung der Lage herbeiführen sollen, diese absichtlich verdunkeln und verschleiern, §§ 314, 320, 325 H.G.B., § 147 Gen.G., § 82 Ges. b. H.

---

[1]) Vgl. O.L.G. Zweibrücken 9. Oktober 1903, Z. f. franz. Civ.R. XXXV, S. 228.

[2]) R.G. 4. November 1903 Monatsschr. f. HandR. XIII S. 47.

[3]) O.L.G. Zweibrücken 9. Oktober 1903 Z. f. franz. C.R. XXXV S. 228.

[4]) Vgl. R.G. 3. Oktober 1903, Monatsschr. f. Handelsrecht XIII S. 26.

I. Eine Verletzung des Eigentums kann durch Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung erfolgen, sie kann auch durch Pfändung fremder Sachen geschehen, welche Pfändung, wenn der Gläubiger schuldhaft verfährt, zum Schadenersatz verpflichtet; namentlich dann, wenn er, obgleich von dem fremden Eigentum unterrichtet, nicht von der Vollstreckung abläßt, oder wenn er, nachdem das fremde Eigentum wahrscheinlich gemacht ist, nicht mindestens eine vorübergehende Einstellung gewährt.[1])

II. Auch der Besitz ist ein Recht im Sinn des § 823, aber nur insofern, als er Erwerbsmittel oder Stützmittel eines Rechtes ist; so der gutgläubige Besitz mit seinen Rechtswirkungen, so der Besitz des Pächters mit der Wirkung des §§ 956, 957, so der Besitz des Mieters, sofern er das Mittel ist, seine Rechte gegenüber dem Vermieter durch Haben und Behalten der Sache zur Geltung zu bringen: eine solche Verletzung liegt vor, wenn jemand die noch nicht geernteten Früchte einer Pachtsache zerstört; ebenso aber auch, wenn jemand, nachdem der Mieter in Besitz gesetzt ist, die Mietsache beschädigt; während der Besitz des Diebes keinen Schutz verdient.

III. Auch ein Schuldverhältnis kann verletzt werden,[2]) sofern die rechtliche Sachlage in der Art geändert wird, daß eine Schädigung des Forderungsberechtigten eintritt. Dies kann geschehen

1. durch Eingriff in das Erfüllungsrecht, wenn jemand bewirkt, daß sich der Schuldner durch Leistung an eine dritte Person befreit, was namentlich im Fall der doppelten Rechtsordnung vorkommt;

2. durch Eingriff in den Rechtskreis des Schuldners einer persönlich zu vollziehenden Leistung, wodurch er an der Er-

---

[1]) Vgl. O.L.G. Posen, bei Seuffert 56 Nr. 198.

[2]) Unrichtig R.G. 29. Februar 1904 Entsch. 57 S. 353, wo (S. 354) (wie es sonst nur in Dissertationen zu geschehen pflegt) die volle Liste von Ansichten für und dawider aufgezählt wird! In der ganzen Lehre hat man, wie so oft, durch mangelhafte Unterscheidung gefehlt.

füllung verhindert wird, was durch Arglist und Zwang geschehen kann, und zwar nicht nur durch tätlichen Zwang, wozu auch die Verrufserklärung gehört, sondern auch durch Rechtszwang; namentlich wenn jemand den Schuldner im Bewußtsein seiner Dienstpflicht anderwärts anwirbt und diesen Rechtszwang benutzt, um ihn an der Erfüllung seiner übernommenen Verbindlichkeit zu hindern. Dies ist das Abspenstigmachen, das schon längst als widerrechtlich erkannt ist. Vgl. Gew.O. § 125 und verschiedene GesindeO.[1])

Auch der Schuldner selbst verletzt das Schuldrecht durch unerlaubte Tat, wenn er seiner Verpflichtung vorsätzlich zum Nachteil des Gläubigers zuwiderhandelt (oben S. 39, 156), und so auch sein Gehilfe.

3. Eine Verletzung des Schuldrechts kann ferner erfolgen durch absichtliche (tendenziöse)[2]) Entziehung der den Gläubigern zu Gebote stehenden Vollstreckungsmittel. Diese unterliegt besonderen Gegenmitteln, sie unterliegt dem, was ich Missetatschuldanfechtung (Deliktspauliana) nenne; letztere folgt den Grundsätzen des Unrechtsverkehrs, sie folgt außerdem besonderen Bestimmungen, die auf dem Konkursgesetze und dem Anfechtungsgesetze beruhen und hier nicht wiederzugeben sind;[3]) soweit aber die Missetatschuldanfechtung nicht dringt, kann kraft allgemeiner Grundsätze vorgegangen werden, insbesondere gegen Verschleierung durch Treuverträge und versteckte Geschäfte.[4]) Eine besondere Art dieser Haftung tritt ein, wenn Vorstand oder Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nicht dafür sorgen, daß den Gläubigern das Grundkapital der Gesellschaft erhalten bleibt, §§ 241, 249 H.G.B.; ähnlich ist die Haftung des Kapitäns wegen Nichtaufrechterhaltung der den Schiffsgläubigern zustehenden Wertrechte, §§ 694, 731, 752 H.G.B.

4. Wie das Schuldrecht, so kann auch die durch Vertragsangebot entstandene Rechtslage verletzt werden, indem der

[1]) Vgl. Enzyklopädie I S. 708, wo dies noch unzutreffend unter § 826 gestellt ist, und über das englische Recht Clerk and Lindsell, Law of torts p. 188ff.

[2]) Absichtlich, weil sonst die Beziehung zum Schuldrecht fehlt und nur der Fall unten (S. 527) vorliegt.

[3]) Leitfaden des Konkursrechts (2. Aufl.) S. 148f.

[4]) R.G. 23. Juni 1904 Jurist.Z. IX S. 1041.

den Vorteil des Vertrags zu erwerben.[1]) Vgl. auch S. 523.

IV. Dagegen liegt keine Verletzung des Schuldrechts darin,

1. daß der Schuldner bloß verhindert wird, Vorbereitungshandlungen zu treffen oder überhaupt Tätigkeiten zu vollziehen, welche nötig sind, um die Erfüllung zu ermöglichen; so z. B. wenn jemand mit einem Geldschuldner Verträge abschließt, welche sein Vermögen aufzehren, sodaß er nicht mehr in der Lage ist, seinen Gläubigern zu entsprechen; so wenn jemand mit dem Vermieter einen Mietvertrag, mit dem Verkäufer einen Kaufvertrag eingeht und diesen zum Vollzug bringt, sodaß der Vollzug den Vertragsgenossen verhindert, einen früheren Kauf- oder Mietvertrag zu erfüllen.[2]) Es beruht dies auf dem oben ausgeführten Satze, daß der Schuldner zur Leistung verpflichtet ist, nicht aber zu denjenigen Handlungen, welche die Leistung vorbereiten: diese liegen unterhalb der Schwelle des Schuldverhältnisses, und darum kann eine Einwirkung auf diese auch nicht eine Verletzung des Schuldrechts sein. Nur im Fall absichtlich benachteiligenden Vertragsabschlusses wäre darin eine Spitze gegen das frühere Schuldverhältnis zu erkennen; darauf beruht ja auch die Missetatschuldanfechtung (S. 15f., 526). Eine Verletzung liegt

2. auch nicht darin, daß jemand den Schuldner tötet oder zur Leistung unfähig macht, denn dies ist ein Eingriff in Umstände, welche tatsächlich mit dem Schuldverhältnis zusammenhängen, nicht ein Eingriff in das Schuldverhältnis selbst.[3])

Ganz anders, wenn, wie beim Leibrentenverhältnis, die Person rechtlich für das Schuldverhältnis entscheidend ist, indem die Rente von ihrem Leben abhängt. Hier führt die schuldhafte Tötung der für die Höhe der Rente maßgebenden Person zum Schadenersatz in der Art, daß soviel bezahlt werden muß, als bei wahrscheinlicher Dauer des Lebens zu

---

[1]) R.G. 8. Februar 1902 Entsch. 50 S. 191.

[2]) Vgl. O.L.G. Celle 26. Februar 1901, Seuffert 56 Nr. 147. Daher hat auch der neue Mieter gegen den älteren Mieter, der die Wohnung nicht räumt, keinen Schadensersatzanspruch, Entsch. bei Warneyer B.G.B. § 823 XVII. Im übrigen vgl. S. 324.

[3]) Daher auch kein Anspruch auf Abtretung der Entschädigungsforderung; § 281 findet keine Anwendung. Vgl. auch oben S. 76, 483.

erzielen gewesen wäre. Doch gilt hier etwas Besonderes. Wenn nämlich die Rente, wie gewöhnlich, auf das Leben des Rentengläubigers gestellt ist und sein Tod durch das Verbrechen beschleunigt wird, so könnte man sagen, daß diese Verfrühung des Todes deshalb keinen Vermögensschaden bringe, weil damit auch die Lebensbedürfnisse aufhören, welche durch die Rente gedeckt werden sollen: pflegte der Rentenempfänger von der Rente nichts zu erübrigen, so ist sein Hauptgeldvermögen und daher auch seine Erbschaft nicht als geschädigt zu betrachten. Dieser Grund ist zutreffend, wenn ein Dritter die Ursache des Todes ist. Ist jedoch der Rentenschuldner selber für den Tod verantwortlich, dann muß er unter allen Umständen eine dem wahrscheinlichen Leben entsprechende Rente entrichten; mit Rücksicht darauf, daß, wie oben bemerkt, der Schadenersatz auch den unberechtigten Gewinn umfaßt und es ein unberechtigter, aus seinem Verbrechen hervorgehender Gewinn wäre, wenn er sich durch solche Tötung ein paar Jahre von der Rente frei machen könnte (S. 131);[1]) vorausgesetzt, daß er kraft Vorsatzes verantwortlich ist (S. 141).

3. Auch darin liegt keine Verletzung des Schuldrechts, daß jemand den Schuldgegenstand zerstört, so daß infolgedessen die Schuld erlischt; auch hier aus dem gleichen Grunde.

4. Daß endlich eine Verletzung des Schuldrechts dann nicht gegeben ist, wenn bei einer Gefahrverpflichtung der Schaden herbeigeführt wird, für welchen der Versicherer zu haften hat, versteht sich von selbst: in diesem Falle ist von einer Zerstörung eines Schuldrechts gar keine Rede; im Gegenteil wird eben durch Herbeiführung des Schadens die vertragsmäßige Gefahr entwickelt und demgemäß die Verbindlichkeit geschaffen. An eine Verpflichtung des Mörders gegenüber der Lebensversicherungsgesellschaft — in diesem Sinn — ist darum nicht zu denken (vgl. oben S. 483).

---

[1]) Es gilt hier, was der Oberste Bundes-Gerichtshof von Argentinien 13. Juni 1901 aussprach: utilidades deben corresponder en calidad de indemnisazión de perjuicios .... non siendo razonable ni justo que ellas pertenescan al que se ha arrogado el derecho (Quesada, propiedad intelect. p. 155.)

γ) Mittelbar geschützte Rechte (Schutzgesetze).

§ 192.

I. Die Straf- oder Verwaltungsgesetzgebung, welche Rechte oder Interessen als schutzwürdig erklärt und ihre Verletzung unter Strafe stellt, sucht die Rechte noch besser zu schützen, als sie ohnedem beschützt wären. Insofern kommt auch diese Gesetzgebung mit in Betracht; man nennt solche Gesetze, soweit sie Rechte oder Interessen zu decken bestimmt sind, Schutzgesetze und erklärt, daß die solchergestalt geschützten subjektiven Rechte auch bürgerlichrechtlich geschützt sind und ihre Verletzung Schadenersatzpflicht nach sich zieht, § 823. Damit ist aber nur teilweise etwas Neues gesagt; denn die Hauptrechte sind bereits unmittelbar geschützt, und da zu diesen Rechten auch das Recht der Persönlichkeit gehört, so ist die größte Zahl der Schutzgesetze, was die bürgerlichrechtliche Haftung betrifft, bereits gedeckt. Trotzdem hat die Bestimmung über Schutzgesetze eine sehr wesentliche praktische Bedeutung, denn

1. bestehen neben den eigentlichen Strafgesetzen eine große Reihe von Verwaltungs- oder Polizeibestimmungen, welche ebenfalls den Zweck haben, Rechte zu schützen, dies aber dadurch zu erreichen suchen, daß sie bestimmte Regeln des Handelns oder Unterlassens feststellen, in der Überzeugung, daß, wenn diese beobachtet werden, eine Menge von Gefährdungen unterbleiben oder in der einen oder anderen Weise überwunden werden. Damit ist gesagt, daß ein jeder die Pflicht hat, sich diesen Geboten oder Verboten zu fügen, und daß daher nicht etwa bloß der Brauch des Lebens und Verkehrs für dasjenige entscheidend ist, was jemand zu tun hat, um die Rechtsgüter anderer nicht zu gefährden, sondern hierfür vor allem diese staatlichen Normen[1]) in Betracht kommen;[2]) so wenn z. B. genaue Verordnungen ergehen über das Fahren von Wagen, von Kraftwagen, über

[1]) Daß auf diesem Gebiet, aber auch nur auf diesem die Normentheorie eine gewisse Berechtigung habe, ist von mir schon längst dargelegt worden, Jurist. Literaturblatt 1891 S. 180, vgl. auch Einführung in die Rechtswissenschaft 2. Aufl. (S. 158 f.).

[2]) R.G. 12. April 1902 Entsch. 51 S. 177.

das Ausweichen auf der Straße, über das Bestreuen des Bodens bei Glatteis, über Sicherungsmaßregeln bei Bauten, über das Bedecken der Gruben[1]) usw.;

2. Vorsatz oder Fahrlässigkeit liegt in allen solchen Fällen schon dann vor, wenn jemand vorsätzlich oder fahrlässig dieses Lebensgebot übertritt, auch wenn er von der Tragweite seines Handelns keine Ahnung hat und nicht weiß, welch wesentliche Interessen durch sein Tun verletzt werden. Vgl. oben S. 31, 476.

II. In manchen Fällen allerdings bewirken die Schutzgesetze eine Erstreckung des Rechtsschutzes, indem sie Rechte beschirmen, die sonst preisgegeben wären:

1. in einer Reihe von Fällen trifft die Unrechtshandlung mit allen ihren Folgen nur einen bestimmten Rechtskreis, sodaß zunächst nur die in diesem Kreise entstehenden Schädigungen in Betracht kommen; erst die Verknüpfung durch Schutzgesetze bewirkt, daß auch Schädigungen, die folgeweise außerhalb dieses Kreises entstehen, mit in die Haftung des Täters inbegriffen werden; z. B. wenn jemand vergiftete Gegenstände verkauft und die Folgen erst in der Person des dritten Käufers eintreten; und ebenso verhält es sich bei sonstigen Gegenständen, deren Verbreitung die Gesundheitsgesetze verbieten (S. 40). Das Gleiche gilt auch von der Haftung für eine täuschende „Emission“: die Haftung für Richtigkeit bei Emissionsgeschäften ist nicht nur eine Haftung gegenüber dem unmittelbaren Erwerber, sondern gegenüber der Volksgesamtheit; dies ist insbesondere bedeutsam, weil möglicherweise der erste Erwerber nicht getäuscht wird, aber der spätere (vgl. Börsenges. § 43 ff.). Dahin gehört auch die Verpflichtung der Wahrheit in der Ausstellung von Zeugnissen in Dienstverhältnissen: man haftet für die Wahrheit nicht nur dem Dienstleistenden, sondern auch Dritten, die mit dem Dienstleistenden weiterhin in nahen Verkehr treten wollen, und, auf das Zeugnis vertrauend, gerade in dem Gebiete geschädigt werden, welches durch die unwahre Angabe betroffen wird.[2])

---

[1]) O.L.G. Hamburg 16. März 1901, Mugdan II S. 456, Bamberg 18. März 1904, Seuffert 59 Nr. 204.

[2]) In Gesinde-Ordnungen ist dies vielfach besonders gesagt, z. B. in der Preuß. Gesinde-O. § 174—176, wo auch Geldstrafe vorgesehen ist.

2. In einer Reihe von Fällen des Unrechtsverkehrs richtet sich die Unrechthandlung gegen allgemeine Kulturgüter; die Art der Schutzgesetze zieht aber Privatinteressen Dritter mit hinein, sodaß diese als in ihrer Persönlichkeit verletzt gelten: so enthält der Religionsschutz zugleich einen Schutz des Gottesdienstübenden gegen Störung, der Gräberschutz umfaßt zugleich einen Schutz der Angehörigen in Bezug auf die Behandlung der Leichen; der Schutz gegen Aufreizung bezweckt zu gleicher Zeit auch einen Schutz der Persönlichkeit in Bezug auf den Frieden, und dasselbe gilt von der Pflicht der Anzeige nach § 139 St.G.B.: sie schließt einen Schutz der Gefährdeten gegen die der Anzeigepflicht unterstellten Verbrechen in sich. Ebenso ist der Schutz der Kulturveranstaltungen, z. B. der Schutz der Urkunden oder der Münzen gegen Fälschung, der Schutz des Eides zugleich ein Einzelschutz.[1]) Und die Anmeldung zur Liste der Genossen bei dem Registergerichte, §§ 69, 70 erfolgt zwar zunächst im Interesse der allgemeinen Ordnung; damit hängt aber das Interesse des ausscheidenden Genossen zusammen und damit sein Persönlichkeitsrecht.[2])

Sehr wichtig ist die Frage bei den Zollgesetzen und ihrer Verletzung; sind es Schutzzölle zu Gunsten des inländischen Gewerbes, dann muß gesagt werden: wer unter strafbarer Vermeidung des Schutzzolls das inländische Gewerbe schädigt, ist zum Schadenersatz verpflichtet, sofern die Schädigung eben den Zwecken des Schutzgesetzes widerstrebt; er haftet natürlich nicht schon darum, weil er solche Ware in das Land bringt, denn er hätte sie ja verzollen und verzollt einführen können, wohl aber, weil die Ware infolge des Schmuggels so billig auf den Markt kommt, daß gerade der Zweck des Gesetzes, den fremden Wettbewerb zu erschweren, vereitelt wird. Ebenso verhält es sich mit Einfuhrverboten im Interesse der Vermeidung von Ansteckungskrankheiten.

In anderen Fällen besteht eine solche Beziehung nicht; z. B. wer sich der Wehrpflicht entzieht, handelt nur gegen

---

[1]) So schon C.C.C. 107. Vgl. R.G. 12 Dezember 1904, Jurist.Z. X S. 169.

[2]) R.G. 4. Okt. 1904 J.W. XXXIII S. 554.

den Staat, nicht auch gegen den einzelnen, wenn etwa infolge der mangelhaften Heeresverhältnisse eine Schlacht verloren wird und die Leute Einquartierung bekommen. Oder wenn ein Gefangener befreit wird, so liegt darin eine Verfehlung gegen den Staat, nicht auch gegen die einzelnen, welche der Gefangene etwa noch verletzen sollte; und wenn die Versicherungsmarken nicht aufgeklebt werden, so liegt darin nur eine Verletzung der öffentlichen Ordnung, nicht eine Verletzung des Arbeiters, dem gegenüber der Arbeitsherr zu verschiedenen anderen Dingen, aber nicht zum Markenaufkleben verpflichtet ist;[1]) und dasselbe muß von der Anmeldepflicht des Krankenversicherungsgesetzes gelten (§ 49 Krank.V.G.)[2]). Ebenso ist die Nichtanlegung eines Gemeindeweges trotz staatlicher Vorschrift als Verletzung allgemeiner Verkehrsinteressen, nicht als Verletzung des einzelnen zu betrachten, der hierdurch geschädigt wird.[3]) Und ebenso ist es eine Verletzung des allgemeinen Verkehrs, keine Verletzung eines durch das Patent Geschädigten, wenn vom Patentamt zu Unrecht ein Patent erteilt wird.

III. Daraus geht von selbst hervor: es ist wesentlich, daß gerade die Rechte geschädigt werden, welche in den Kreis des Schutzes einbezogen werden; wenn also jemand die Bestimmungen übertritt, die zum Schutz der Schiffahrt gegen Zusammenstoß gegeben sind, so haftet er für einen infolgedessen eingetretenen Zusammenstoß; und auch dann haftet er, wenn infolge der unrichtigen Bewegung seines Schiffes das andere in ungeeigneter Weise ausweichen muß und ein drittes Schiff beschädigt; denn die „Kollisionsgesetze“ haben nicht etwa bloß das Wohl zweier einander gerade entgegenfahrender Schiffe im Auge, sondern ihre Absicht ist es überhaupt, die durch das Zusammensein mehrerer Schiffe drohenden Schiffsgefahren

---

[1]) R.G. 3. Mai 1904 Z. franz. Z.R. XXXV S. 641, 4. Oktober 1904 J.Z. X S. 121; anders verschiedene O.L.G. (vgl. Scherer, 5 Jahre S. 569). Übrigens wäre die Haftung hier schon darum abzulehnen, weil das mitwirkende Verschulden des Dienstleistenden das überwiegende ist; vgl. Enzyklopädie I S. 710.

[2]) Auch diese ist eine Pflicht gegen den öffentlichen Verband, deren Bekräftigung in § 50 K.V.G. liegt, nicht gegen den Arbeiter.

[3]) R.G. 29. September 1904 Z. franz. Z.R. XXXV S. 707. Anders verhält es sich mit der Unterhaltung der bestehenden Wege (oben S. 505).

möglichst zu vermeiden. Ganz anders wäre es, wenn infolge der Nichtbeobachtung der Bestimmungen ein Schwimmender getötet worden wäre, der sonst hätte gerettet werden können: hier kommt nicht das Schutzgesetz, hier kommen die allgemeinen Haftungsbestimmungen in Betracht; die „Kollisionsbestimmungen" haben nicht das Schicksal schwimmender Menschen im Auge.

c) Kulturgüterverletzungen.

§ 193.

I. Eine Kulturgüterverletzung im Sinne des § 826 ist nur dann gegeben, wenn eine Entschädigungspflicht dem Wesen der Sittlichkeit entspricht, daher nicht dann, wenn jemand dem Sittlichkeitsgebot der Menschenhilfe nicht nachkommt: die Hineinziehung derartiger Sittlichkeitsverhältnisse in das Recht widerspräche dem Wesen der Sittlichkeit[1]) und wäre darum unserer Kulturanschauung zuwider (S. 23). Daher liegt eine Verletzung nur dann vor,

1. wenn in einer Weise gegen die Sittlichkeitsordnung gefehlt wurde, welche entweder a) ein bestehendes Recht entwertet oder b) Veranstaltungen nötig macht, um die unsittlichen Vorgänge unschädlich zu machen; zu a) gehört insbesondere die Schädigung der Nachbarschaft durch den Bordellbetrieb,[2]) zu b) gehört es, wenn eine wissenschaftliche Fälschung die Notwendigkeit auferlegt, mit Kostenaufwand den Trug zu entlarven, oder wenn ein unsittliches Bild durch teure Maßnahmen entfernt werden muß, oder wenn der Selbstmörder mit

---

[1]) Auch Thomas von Aquin äußert sich zurückhaltend, Summa 2.2 qu. 77 a. 3: Respondeo dicendum quod dare alicui occasionem periculi vel damni semper est illicitum; quamvis non sit necessarium, quod homo alteri semper det auxilium vel consilium pertinens ad ejus qualemcumque promotionem; sed hoc solum est necessarium in aliquo casu determinato, puta cum aliquis ejus curae subditur, vel cum non potest ei per alium subveniri.

[2]) Vgl. darüber O.L.G. Kolmar 28. Juni 1901 Z. franz. Z.R. XXXIII S. 37, O.L.G. Karlsruhe 26. April 1901, Mugdan II S. 457; R.G. 9. April 1904, 26. Oktober 1904 Entsch. 57 S. 239, Z. franz. Z.R. XXXVI S. 8, O.L.G. Karlsruhe 25. Februar 1908 Z. franz. Z.R. XXXV S. 152, R.G. 9. April 1904, 26. Okt. 1904 Seuffert 60 Nr. 36. Weiteres darüber bei Ortloff, Arch. f. b. Recht XXVI S. 335.

Aufopferung von Menschenkraft oder gar Menschenleben gerettet wird. Eine Verletzung liegt vor

2. wenn das Recht gegen seinen Sinn mißbraucht wird, wozu verwerfliche Motive nicht genügen, auch nicht Unmoral (vgl. I S. 14f.), wohl aber ein Gebrauch des Rechts gegen seine Bestimmung zum Schaden solcher, welchen es bestimmungsgemäß dienen soll.[1])

Solches findet vor allem statt, wenn durch eine geschickte Verbindung der Einzelrechtsbestimmungen absichtlich ein Ergebnis erzielt wird, welches dem Gedanken der Rechtsordnung widerspricht. Dies ist vornehmlich der Fall, den man früher als *exceptio doli* bezeichnete; so namentlich wenn man durch Verbindung von Rechtshandlungen dem Schuldner Einwendungen oder Einreden abschneidet, ohne daß für diesen Verlust ein innerer Rechtsgrund spricht: so bei der arglistigen Benutzung des Wechsel-Indossaments;[2]) oder wenn ein Bevollmächtigter oder überhaupt ein Treuwalter mit seiner Rechtsmacht Mißbrauch treibt und der Mitwirkende dies nicht nur weiß, sondern mit ihm im Verein handelt, um den Geschäftsherrn zu benachteiligen.[3]) Vgl. S. 14f.

II. Aus dem Recht gegen kulturwidrige Unsittlichkeit geht auch ein Unterlassungsanspruch hervor: er ist wie sonst ein Schadensersatzanspruch. Aber auch der rein objektive Unterlassungsanspruch in dem Falle, wo die bisherige Tätigkeit nicht eine bewußte Unlauterkeit, sondern nur eine der Sittlichkeit objektiv widersprechende Handlungsweise war, ist hier unausbleiblich: er kann sich allerdings nicht unmittelbar auf ein durch die objektive Handlung verletztes Recht stützen, wohl aber auf die Befugnis der Persönlichkeit, zu verlangen, daß Unsittlichkeiten, welche, wenn wissentlich begangen, zur

---

[1]) Ein solcher Fall ist nicht schon dann gegeben, wenn ein Elternteil aus Widerwillen gegen eine Person die Zustimmung zur Ehe verweigert, denn Zu- und Abneigung dürfen in allen Familiensachen eine Rolle spielen; wohl aber wenn er etwa die Einwilligung an eine unsittliche Bedingung knüpft, R.G. 6. Juni 1904 Entsch. VIII S. 248, 255. Dahin gehört auch der Mißbrauch des Versteigerungswesens, indem man Dritte vom Bieten zurückdrängt, was landesgesetzlich sogar mit Strafe bedroht ist, R.G. 11. Juli 1904 J.Z. IX S. 1090. Vgl. auch oben S. 97.

[2]) Vgl. R.G. 28. Mai 1902 Entsch. 51 S. 357.

[3]) R.G. 11. Juli 1904 J.Z. IX S. 1090. Vgl. oben S. 14.

Entschädigungspflicht führen, unterbleiben sollen; worüber im Persönlichkeitsrecht weiter zu handeln ist.

III. Die Hauptbedeutung des § 826 aber ist nicht die dogmatische, sondern die geschichtlich rechtsentwickelnde. Solange nämlich das Persönlichkeitsrecht noch nicht in vollem Umfange anerkannt ist, ist es von der größten Wichtigkeit, eine Gesetzesbestimmung zu besitzen, durch welche die Gerichte in der Lage sind, das Persönlichkeitsrecht auch ohne seine Anerkennung zu schützen, und dies geschieht auf Grund des § 826, indem Verletzungen des Persönlichkeitsrechts unter die Verletzungen gegen die guten Sitten mit eingezählt werden. Auf solche Weise können gute Urteile mit unrichtigen Entscheidungsgründen entstehen, und allmählich kann die Anerkennung des Persönlichkeitsrechts heranwachsen.

In der Entwicklung des Rechtes hat alles seine Zeit; und ich habe reichlich die Erfahrung gemacht, daß Ideen, denen ich vor 20 Jahren vergebens den Eintritt erkämpfen wollte, im Laufe der Zeit wie von selbst zur Herrschaft gelangt sind. — — — — —

Wer Frühling sät,
Der lebt in Winters Mühen.

Vertragsstrafe von 1000 Mk. versprechen lassen, wenn er sie nicht mehr heil zurückbringt. X zerstört die Sache und muß 1000 Mk. bezahlen, während die Sache aber in der Tat nur 100 Mk. wert war. Hier kann ich eine Abtretung des Anspruchs gegen X nur bis zu 100 verlangen.

Zu S. 137.

Man denke sich die Fälle:

1. A gibt dem B einen schlechten Trank; dieser will sich heilen und nimmt aus Versehen statt Cognacs einen Schluck Schwefelsäure: hier ist der Ursachenzusammenhang unterbrochen.

2. A gibt dem B einen schlechten Trank, B geht trotz des hierdurch bewirkten Unwohlseins zu einem Festmahl und wird statt 2 Wochen 6 Wochen krank; hier besteht der Ursachenzusammenhang weiter.

Zu S. 139.

Man denke sich die Fälle:

1. eine Scheibe wird zerbrochen und infolgedessen regnet es herein: der Beschädigte läßt die Scheibe nicht ausbessern, trifft auch sonst keine Vorkehrungen: die kostbaren Möbel leiden Not, und es entsteht ein großer Schaden.

2. Der Fabrikant bleibt mit der Lieferung eines eisernen Trägers in Verzug und der Bauherr läßt, anstatt sich anderwärts zu decken, den ganzen Bau stillstehen.

3. Jemand schuldet unter einer Vertragsstrafe einen Vorrat Getreide. Zum Zweck der Erfüllung läßt er sich den Betrag von einem Dritten versprechen, dieser bleibt in Verzug: der erste läßt, anstatt sich anderwärts zu decken, die Vertragsstrafe verfallen.

Zu S. 148.

A und B schulden gesamtschuldnerisch drei Alternativen m, n und o nach des Gläubigers Wahl: der Gläubiger hat dem A gegenüber m, dem B gegenüber n gewählt: hier kann jeder Schuldner durch Leistung von m oder n, keiner durch Leistung von o erfüllen. Wählt der Gläubiger nicht, so kann ihm A eine Frist setzen und in Ermangelung der Gläubigerwahl etwa m wählen; B kann gleichfalls eine Frist setzen

und n wählen: hier ist die Sache wie vorhin: A schuldet m, B schuldet n, allein jeder kann durch Leistung des vom anderen Geschuldeten die Verbindlichkeit beider tilgen.

Zu S. 159.

Man denke sich den Fall: der Minderjährige zahlt die Schuld am 1. September an den Vertreter des Gläubigers; am 5. September schreibt der Gläubiger an den Vormund, daß er die Schuld erlasse, was dieser sofort annimmt. Am 6. September schreibt der Vormund an den Gläubiger, daß er alle Zahlungen des Minderjährigen genehmige. Der Erlaß ist erfolgt, das Gezahlte kann als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden; denn die Genehmigung des 6. September kann nicht über den 5. September zurückwirken.

Zu S. 164.

A hat eine Uhr an B gegen einen Schmuck samt Aufgeld von 300 Mk. vertauscht. Uhr und Schmuck sind geliefert, die 300 Mk. noch rückständig. A überträgt die Forderung auf die rückständigen 300 Mk. an den X. Der Schmuck erweist sich als mangelhaft. X kann wandeln und die Rückgabe der Uhr (allerdings unter Berücksichtigung des § 473 B.G.B.) verlangen, aber nur dann, wenn er den Schmuck zurückzugeben vermag.

Zu S. 169.

A hat eine Forderung von 1000 Mk. gegen B; am 1. März überträgt A die Forderung an X. Am 1. April zahlt B die 1000 Mk. an A. Am 1. Mai erlangt B eine Gegenforderung gegen X. Am 1. Juni erfährt B von der am 1. März erfolgten Übertragung: er kann die 1000 Mk., weil zu Unrecht bezahlt, von A zurückverlangen und seine Forderung gegen X aufrechnen.

Zu S. 169.

A hat eine Forderung von 1000 Mk. gegen B; am 1. März überträgt A die Forderung an X. Am 1. April klagt A die Forderung gegen B ein. Erst jetzt erfährt B von der am 1. März vollzogenen Übertragung. B kann auf dem Fortgang des Prozesses bestehen; er kann aber auch geltend machen,

daß die Klage am 1. April von A zu einer Zeit erhoben wurde, als er nicht mehr forderungsberechtigt war, daß er daher als nicht forderungsberechtigt abzuweisen sei.

Zu S. 170.

A hat eine Forderung von 1000 Mk. gegen B; am 1. März überträgt er sie an X. B erwirbt am 1. April eine Gegenforderung gegen X, am 1. Mai eine Gegenforderung gegen A. Am 1. Juni erfährt B von der am 1. März erfolgten Übertragung. B kann entweder mit der Forderung gegen A aufrechnen, wie wenn A am 1. Mai noch Gläubiger gewesen wäre, oder mit der Forderung gegen X in der Art, daß schon vom 1. April die Aufrechnungslage eintritt und der Zinsenlauf gehemmt wird, weil ja schon am 1. April Hauptforderung (X gegen B) und Aufrechnungsforderung (B gegen X) einander gegenüberstanden.

Zu S. 170.

A hat eine Forderung von 1000 Mk. gegen B. Am 1. März überträgt er sie an M, am 1. April an N. Am 1. Mai erlangt B eine Gegenforderung gegen N, aber erst am 1. Juni erfährt er von der am 1. April stattgefundenen Übertragung an den N und noch später erst von der Übertragung an M. B kann die Aufrechnung der gegen N erworbenen Forderung geltend machen und zwar so, wie wenn die Übertragung an den N die erste und maßgebende gewesen wäre.

Zu S. 171.

A hat eine Forderung von 1000 Mk. gegen B. Am 1. März überträgt er sie an X. Am 1. April erlangt Y gegen A Beschlag und Überweisung. Am 1. Mai erfährt der Schuldner von der am 1. März erfolgten Übertragung. Beschlagnahme und Überweisung sind unwirksam. Inwiefern sich aber der Schuldner, sofern er dem Y zahlt oder gegen ihn eine aufrechenbare Forderung hat, darauf berufen kann, ergibt sich aus dem Obigen: obgleich unwirksam, haben sie doch die Bedeutung, daß zu Gunsten des Schuldners eine doppelte Rechtsordnung entsteht (§ 408).

Zu S. 171.

A hat eine Forderung von 1000 Mk gegen B, für welche C Bürgschaft geleistet hat. Am 1. März überträgt er sie an X. Am 1. April zahlt der Bürge die 1000 Mk. an A, zugleich erkennt A dem Bürgen gegenüber den Übergang der Forderung an. Der Schuldner erfährt am 1. Mai von dieser Anerkennung und, unkundig der Übertragung an X, zahlt er dem Bürgen die 1000 Mk. Er ist befreit.

Zu S. 171.

Der Erbschaftsbesitzer A legt ein Erbschaftskapital von 1000 Mk. an, indem er dem X ein Darlehn gibt: die Darlehnsforderung kommt kraft Ersatzrechts sofort in das Vermögen des wahren Erben B, nicht des Erbschaftsbesitzers A. Der Schuldner X erlangt am 1. März eine Gegenforderung gegen A. Erst am 1. April erfährt er davon, daß die Erbschaft und damit die Forderung nicht dem A, sondern dem B gehört: er kann seine gegen A erworbene Gegenforderung aufrechnen.

Zu S. 173.

A hat eine Forderung von 1000 Mk. gegen B. Er überträgt sie am 1. März an X und zeigt dies dem B an. Die Übertragung aber ist eine Übertragung zum Schein gegen Gegenbrief. Der Schuldner erwirbt eine Gegenforderung gegen A und eine Gegenforderung gegen X. Er kann die eine oder die andere Gegenforderung aufrechnen.

Zu S. 178.

Ich kaufe ein Buch zu 20 Mk. und behalte mir den Umtausch vor. Dies könnte heißen: ich behalte mir den Rücktritt vor, unter der Bedingung, daß ich bei dem Rücktritt zugleich ein neues Kaufgeschäft in Bezug auf Bücher zum Ladenpreis für mindestens 20 Mk. abschließe, während der Buchhändler sich verpflichtet, im Anschluß an meinen Rücktritt ein solches neues Kaufgeschäft einzugehen.

Es kann aber auch heißen: ich habe keine Rücktrittbefugnis, der Verkäufer verpflichtet sich aber, mit mir einen Tauschvertrag

in Bezug auf die gekaufte Sache gegen andere Bücher seines Ladens unter der üblichen Preisberechnung vorzunehmen. Das letztere ist das Zutreffende. Bei der ersten Annahme käme man zum Ergebnis, daß ich nach zufälligem Untergang des gekauften Buches zurücktreten und für den Kaufpreis eine entsprechende andere Sache verlangen dürfte, was der Anschauung des Lebens widerspräche.

Zu S. 191.

A hat eine Forderung von 1000 Mk. gegen B. B gibt ihm für die Summe ein abstraktes Schuldversprechen. Dies hat regelmäßig nur die Bedeutung, daß A die leichtere Möglichkeit des Schuldtriebs hat: es bestehen jetzt zwei Verpflichtungen auf das Gleiche (Eigengesamtschuld S. 155). Die Hauptverbindlichkeit erlischt erst durch Leistung der 1000 Mk.

Zu S. 206.

Die A steht mit B in unsittlichem Verkehr gegen eine bestimmte Summe, wofür B ein abstraktes Schuldversprechen gibt. Da die Bezahlung nicht erfolgt, rechnet die A diese abstrakte Forderung gegen eine dem B gegen sie zustehende Darlehnsforderung auf. Die Aufrechnung ist unwirksam.

Anders, wenn die Aufrechnung vertragsmäßig erfolgt ist (S. 196).

Zu S. 257.

A übereignet seine Uhr dem Goldschmied mit der Bestimmung, daß als Gegenleistung die Dame X einen bestimmten Schmuck von ihm verlangen dürfe. Der Schmuck wird geliefert, erweist sich aber als fehlerhaft. Die Dame kann nur unter Zustimmung des A in der Art wandeln, daß sie den Schmuck zurückgibt und A die Uhr zurückerhält. Anders, wenn der Goldschmied den Schmuck dem A versprochen und A seine Forderung auf die Dame X übertragen hätte. Hier würde das oben zu S. 164 Gesagte gelten.

Zu S. 329.

A veräußert am 1. August sein Haus an C. Sein Mieter erfährt davon erst am 1. November. Er hat bereits am 1. August 1. eine Gegenforderung gegen den A, 2. eine solche gegen den C.

Gegenforderung 1. zur Tilgung des Mietzinses vom 1. Juli bis 1. August und die Gegenforderung 2. zur Tilgung des Mietzinses vom 1. August an weiter verwenden.

II. Er kann die Gegenforderung 1. zur Tilgung des Mietzinses vom 1. Juli bis 1. Oktober verwenden.

III. Er kann die Gegenforderung 1. zur Tilgung des Mietzinses vom 1. Juli bis 1. Januar verwenden.

IV. Er kann die Gegenforderung 1. zur Tilgung des Mietzinses vom 1. Juli bis 1. April n. J. verwenden.

Für die weiteren Mietzinsen in den Fällen II—IV dient dann die Gegenforderung 2.

Anderes Beispiel:

A veräußert am 1. August sein Haus an C. Sein Mieter B erfährt davon am 1. Januar. Er zahlt an A zum voraus den Mietzins vom 1. Juli bis 1. Oktober und vom 1. Oktober bis 1. Januar und ferner am 30. Dezember noch den Mietzins vom 1. Januar bis 1. April. Die Mietzinszahlung vom 1. Juli bis 1. Januar bleibt unter allen Umständen bestehen; die Mietzinszahlung vom 1. Januar bis 1. April kann er rückgängig machen, denn sie ist nur durch die doppelte Rechtsordnung gerechtfertigt.

Zu S. 381.

Der Gast verlangt ein Beafsteak und bestellt es, bevor die Zubereitung begonnen hat, wieder ab. Er bestellt einen Braten, der noch halb gar auf den Tisch kommt und verlangt, daß er durchgebraten wird. Er verlangt ein Mittagsmahl, das innerhalb einer halben Stunde aufgetragen werden muß, weil er mit dem Zug abreist; die Herstellung verspätet sich wegen eines „Küchenmalheurs“. Er bestellt von Spargeln, die er mitbringen will, ein Spargelgemüse und bringt die Spargeln nicht usw. Vgl. auch S. 242 über Käufe von Maschinen in einer Fabrik.

Zu S. 462.

Erster Fall:

A hat eine Forderung von 1000 Mk. gegen B, von welcher 4 % Verzugszinsen laufen. B. hat seit dem 1. März 1903 eine unverzinsliche Gegenforderung gegen A von 1000 Mk. Die Zinsen der ersten Forderung vom 1. März 1903 bis 1. März 1904

betragen 40 Mk., der Betrag der Forderung daher 1040 Mk. B kann aber seine unverzinsliche Forderung von 1000 Mk. in der Art aufrechnen, daß die Hauptforderung von 1040 Mk. dadurch zerstört wird (§ 389). Die Forderung von 1000 Mk. hat also eine Befriedigungsfunktion von 1040 Mk. Am 1. März 1904 aber sendet A dem B zur Tilgung dieser Gegenforderung 1000 Mk., welche der Verwalter des B ohne weiteres annimmt.

A ist hierdurch zu Unrecht um 40 Mk. bereichert, B um 40 Mk. benachteiligt; denn A hat mit 1000 Mk. eine Forderung bezahlt, welche eine Aufrechnungskraft von 1000 + 40 hatte. Mithin kann B unter Rückgabe der 1000 Mk. verlangen, daß die Aufrechnungsforderung mit voller Tilgungskraft wiederhergestellt werde.

Zweiter Fall:

A hat zur Tilgung einer Forderung von 1000 Mk. die ihm von seinem Schuldner B verpfändeten Sachen versteigern lassen, das Geld in Empfang genommen und verbraucht: die Forderung des A gegen B ist erloschen. Nachträglich behauptet und beweist C, daß die versteigerten Sachen sein Eigentum waren. Infolgedessen war auch das von A eingezogene Geld, Geld des C (§ 1247); A hat sich also mit fremdem Gelde bereichert und muß es dem C zurückgeben. Jetzt ist wiederum B zum Nachteil des A bereichert, denn die Forderung des A gegen B ist erloschen, obgleich A nicht befriedigt (die Befriedigung ihm wieder entzogen) ist. Mithin kann A von B verlangen, daß die Forderung wiederhergestellt werde.

Sachregister.



Quellenregister.

A. Reichsrecht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Seite

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Allgemeine Deutsche Wechselordnung vom 5. Juni 1869.

Unterstützungswohnsitzgesetz vom 6. Juni 1870.

Reichsverfassung vom 16. April 1871.

Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871.

Postgesetz vom 28. Oktober 1871.

Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873.

Reichsinvalidenfondsgesetz vom 23. Mai 1873.

Reichsmilitärgesetz vom 5. Mai 1874.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875.

Bankgesetz vom 14. März 1875.

Gesetz, betr. die eingeschriebenen Hilfskassen, vom 7. April 1876.

Strafgesetzbuch in der Fassung vom 26. Februar 1876.

Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877.

Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878.

Patentgesetz vom 7. April 1891.

Gebrauchsmustergesetz vom 1. Juli 1891.

Krankenversicherungsgesetz in der Fassung vom 10. April 1892.

Gesetz, betr. die Einführung einer einheitlichen Zeitbestimmung vom 12. März 1893.

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894.

Gesetz, betr. den Schutz der Brieftauben und den Brieftaubenverkehr im Kriege vom 28. Mai 1894.

Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896.

Börsengesetz vom 22. Juni 1896.

Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896.

Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.

Gesetz über das Auswanderungswesen vom 9. Juli 1897.

Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1897.

Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 20. Mai 1898.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

Konkursordnung in der Fassung vom 20. Mai 1898.

Gesetz, betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Fassung vom 20. Mai 1898.

Grundbuchordnung in der Fassung vom 20. Mai 1898.

Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung vom 20. Mai 1898.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

Gesetz, betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt in der Fassung vom 20. Mai 1898.

Gesetz, betr. Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses in der Fassung vom 20. Mai 1898.

Militär-Strafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898.

Flaggengesetz vom 22. Juni 1899.

Invalidenversicherungsgesetz in der Fassung vom 19. Juli 1899.

Gesetz, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899.

Konsulargerichtsgesetz vom 7. April 1900.

Gewerbeunfallversicherungsgesetz in der Fassung vom 5. Juli 1900.

Bauunfallversicherungsgesetz in der Fassung vom 5. Juli 1900.

See-Unfallversicherungsgesetz in der Fassung vom 5. Juli 1900.

Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft in der Fassung vom 5. Juli 1900.

Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juli 1900.

Schutzgebietsgesetz vom 10. September 1900.

Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901.

Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juli 1901.

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juli 1901.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

Gesetz, betr. Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 30. November 1903.

Gesetz über Entschädigung unschuldig Verhafteter vom 14. Juli 1904.

B. Landesrecht.

Baden.

Stiftungsgesetz vom 5. Mai 1870.

Bayern.

Verfassung.

Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Preußen.

Allgemeines Landrecht.

Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810.

Vorflut-Gesetz vom 5. November 1811.

Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838.

Vereinsgesetz vom 11. März 1850.

Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865.

Gesetz über die Oberrechnungskammer vom 27. März 1872.

Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874.

Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879.

Wassergenossenschafts-Gesetz vom 1. April 1879.

Gesetz, betr. das Staatsschuldbuch vom 20. Juli 1883.

Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883.

Jagdscheingesetz vom 31. Juli 1895.

Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, vom 20. September 1899.

Ausführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung vom 22. September 1899.

Ausführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 24. September 1899.

Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung vom 26. September 1829.

Verordnung vom 16. November 1899, zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Preußische Güterstandsordnung vom 20. Dezember 1899.

C. Sonstiges.

Zwischenstaatliche Kabelkonvention.

Pariser Union.

Sachsenspiegel.

Constitutio Criminalis Carolina.

Code civil.

Englische Naturalisationsakte von 1870.

Corpus iuris civilis

Corpus iuris canonici.

